

La promesse publique de récompense

**spécialement d'après l'article 8
du Code des Obligations**

THÈSE

PRÉSENTÉE A LA FACULTÉ DE DROIT
DE L'UNIVERSITÉ DE GENÈVE
POUR OBTENIR LE GRADE DE DOCTEUR EN DROIT

PAR

Issa AL-CHEIKH RADHI
(IRAK)

THÈSE N° 529

GENÈVE
IMPRIMERIE GRIVET
1958

La promesse publique de récompense

**spécialement d'après l'article 8
du Code des Obligations**

THÈSE

PRÉSENTÉE A LA FACULTÉ DE DROIT
DE L'UNIVERSITÉ DE GENÈVE
POUR OBTENIR LE GRADE DE DOCTEUR EN DROIT

PAR

Issa AL-CHEIKH RADHI
(IRAK)

THÈSE N° 529

GENÈVE
IMPRIMERIE GRIVET
1958



La Faculté de Droit, autorise l'impression de la présente dissertation sans entendre émettre par là aucune opinion sur les propositions qui s'y trouvent énoncées.

Genève, le 27 juin 1958.

Le Doyen de la Faculté :
Jean GRAVEN

Thèse N° 529

AVANT-PROPOS

C'est au nombre des institutions juridiques les plus importantes, mais aussi les plus intéressantes, que se trouve celle que nous allons examiner au long de cet ouvrage, à savoir la promesse publique de récompense, prévue à l'art. 8¹ du nouveau² Code Suisse des Obligations (abrév. CO), du 11 mars 1911.

¹ Cet article est ainsi conçu : « Celui qui promet publiquement un prix en échange d'une prestation est tenu de le payer conformément à sa promesse. S'il retire sa promesse avant qu'une prestation lui soit parvenue, il est tenu de rembourser, au plus jusqu'à concurrence de ce qu'il avait promis, les impenses faites de bonne foi, à moins cependant qu'il ne prouve que le succès espéré n'aurait pas été obtenu. »

² Quant à l'ancien CO du 14 juin 1881 (entré en vigueur le 1er janvier 1883), nous rappelons qu'il ne contenait pas cette institution (Bulletin sténographique du Conseil National (abrév. stén. C. N.), 1909, p. 477). Ce fut le projet de loi du 3 mars 1905, le revisant et complétant celui du 28 mai 1904 pour le Code Civil Suisse (abrév. C. C.) qui en parla le premier. Les rédacteurs de ce projet, dit de Langenthal (voir l'introduction historique à l'édition de 1948 du C. C. et du CO par Rossel, p. 14) voulaient réglementer les « offres publiques », alors méconnues et déterminer la responsabilité de leur auteur (voir le Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant le projet de 1905, p. 10 et 11). Ils élaborèrent alors deux institutions dans un même article (1023) qui devait constituer « une adjonction à l'ancien art. 6 », le même message, p. 11. Le premier alinéa de cet article disait que : « Le simple fait de provoquer des demandes par l'envoi de tarifs, de prix-courants, etc., ne constitue pas une offre obligatoire » ; et le dernier parlait du concours avec prix et de la promesse de récompense en ces termes : le premier étant une variété de la seconde. « Toutefois, celui qui promet publiquement un prix ou une récompense est tenu d'exécuter sa promesse, si la prestation répondant à celle-ci lui est offerte. S'il retire sa promesse avant

Au point de vue pratique, nous sommes en présence d'un procédé extrêmement fréquent dans la vie quotidienne, et qui doit atteindre des buts fort divers. Que l'on songe seulement aux innombrables annonces que nous lisons dans les journaux ou sur les affiches, offrant telle ou telle récompense à qui rapportera au promettant un objet perdu ou lui permettra de retrouver sa chose volée. En outre, pour faciliter l'arrestation

qu'une offre lui soit parvenue, il sera tenu de rembourser les dépenses faites, de bonne foi et dans l'espoir fondé d'un succès, par les personnes qu'il a induites à les faire. »

(Pour le projet complet, voir le même message, p. 67 s.) Par décision des Chambres Fédérales (stén. C. N.), 1909, p. 462, le projet de 1905 fut refondu par une grande commission d'experts qui mit au point le projet remanié du 1er juin 1909, lequel fut soumis à l'Assemblée fédérale avec un rapport du même jour. (Pour ce projet complet avec ce rapport, voir Feuille Fédérale, année 1909, vol. III, p. 779 et ss.)

Et l'art. 1023 fut alors complété et scindé en deux. Au premier alinéa on a apporté un complément « concernant l'exposition de marchandises (par exemple dans un magasin) avec indication du prix, qui doit être considéré dans la règle comme une offre de vente » ; et le dernier alinéa, devenu un article séparé (art. 1023 bis), fut consacré aux promesses publiques et au règlement de la responsabilité de celui qui les a fait (voir Feuille Fédérale, 1909, vol. III, p. 754).

Mais le nouvel article 1023 a encore subi un développement remarquable avant d'être rédigé tel qu'il est aujourd'hui. D'abord la commission d'experts limita l'indemnité, en cas de retrait, au plus jusqu'à concurrence de la récompense promise. Ensuite, le promettant fut autorisé à prouver l'impossibilité d'obtenir le succès escompté, s'il voulait se libérer de toute indemnisation. Enfin, on avait considéré, dans un nouveau passage, le cas où le résultat serait offert par plusieurs tiers. Il n'est pas inutile, d'ailleurs, de transcrire ici le texte tout entier de l'article 1023 bis, aux fins historiques et comparatives.

Le voici : « Celui qui promet publiquement un prix ou une récompense est tenu, si la prestation correspondante à sa promesse lui est offerte, de s'exécuter envers celui ou ceux qui la lui offrent. S'il retire sa promesse avant qu'une offre lui soit parvenue, il est tenu de rembourser, au plus jusqu'à concurrence de ce qu'il avait promis, les dépenses faites de bonne foi par les personnes qu'il a induites à les faire, à moins cependant qu'il ne prouve que ces personnes n'auraient pas obtenu le succès escompté. » (Feuille Fédérale Suisse, 1909, vol. III, p. 781.)

Le Conseil National, de son côté, entreprit, également, des modifications aux propositions de la Commission d'experts. Au début de la première phrase,

d'un criminel dangereux échappé des mains de la police, les autorités judiciaires ou même de simples particuliers, recourent à la promesse de récompense, et, si cela se justifie, vont même jusqu'à mettre à prix la tête du dit criminel. D'autre part, lorsque la contrebande est très répandue dans un pays, il est aussi d'usage d'avoir recours à ce genre de promesse afin de protéger la douane. Dans les régions où sévissent le choléra, la malaria ou quelque autre épidémie dévastatrice, les services d'hygiène, les associations philanthropiques ou d'autres personnes

il supprima le mot « récompense » et se contenta du mot « prix » ; et à sa fin, enleva le passage « envers celui ou ceux qui la lui offrent ». De plus, à la deuxième phrase, le mot « dépenses » fut remplacé par « impenses » et la suite à partir de (par les personnes qu'il « le promettant » a induites à les faire) fut enlevée.

Quant au Conseil des Etats, il s'est borné à adhérer aux modifications du Conseil National.

Enfin, une dernière proposition au nom de la minorité voulait ajouter après le mot « dépenses » la phrase « et la contre-valeur des travaux importants exécutés de bonne foi » (voir les modifications proposées par la Commission (stén. C. N., 1909, p. 470).

Voilà les matériaux avec lesquels on a construit le présent article 8, dans lequel on parle maintenant, au deuxième alinéa, d'une prestation et non d'une offre, comme on disait jadis.

Sur le plan pratique, cependant, la promesse de récompense se développait avant la promulgation de ce dernier alinéa et était même validée par le Tribunal Fédéral (voir à titre d'exemple, Arrêts du Tribunal fédéral suisse, année 1889, p. 887 et ss.). La Cour Suprême a, en effet, dit dans cet arrêt : « Conformément à la doctrine et à la législation modernes, une promesse par laquelle une récompense est offerte publiquement à celui qui s'acquittera d'une prestation déterminée fait naître, d'une part, pour le promettant, l'obligation de droit privé de remplir sa promesse, et, d'autre part, pour celui qui a exécuté la prestation, le droit d'exiger du dit promettant la récompense promise » (p. 893). Cf. aussi Fiches juridiques N° 118, p. 1 et Haberstich, Manuel du droit fédéral des obligations, trad. Gilliéron, Moudon, T. I, 1886, (p. 159-160). Cet ouvrage de l'ancien Code nous apprend que l'institution était familière aux juristes suisses, puisqu'il cite même sa terminologie exacte — promesse de récompense — avec une définition plus ou moins admissible, mais ce terme a été repoussé plus tard — en commission d'experts, vu qu'il n'était pas courant en Suisse (stén. C. N., 1909, p. 447). Haberstich avait enfin prévu même la révocation de la promesse avec remboursement, mais la preuve est, selon lui, à fournir par le tiers.

encore, se déclarent assez fréquemment prêtes à remettre une récompense à celui ou ceux qui déploieront une certaine activité en vue de pouvoir venir à bout de l'épidémie. Et l'on pourrait multiplier indéfiniment cette série d'exemples.

Mais, à notre sens, le développement qu'accusait et qu'accuse encore aujourd'hui notre institution est bien plus considérable dans le domaine scientifique, artistique, littéraire et commercial. Rappelons pour mémoire le prix Nobel, et tous les autres prix universitaires et académiques offerts pour les meilleurs travaux et recherches susceptibles de contribuer à l'amélioration du sort des hommes.

D'autre part, si nous sortons du terrain pratique pour nous engager sur le plan juridique, nous constatons que notre institution a suscité de vives controverses, partant une littérature abondante. L'institution étant née de la pratique et s'y étant enracinée, il ne reste plus aux juristes et aux législateurs qu'à en reconnaître le bien-fondé et à en rechercher et réglementer les conséquences, en cas de litige. Et comme ces conséquences dépendent de la nature juridique qu'on lui attribue, les auteurs se sont principalement penchés sur l'étude et l'analyse de cette nature.

La question qui se posait aux hommes de loi était de savoir sur quelle base juridique on pouvait fonder l'obligation du promettant de payer la récompense promise. Traditionnellement, il n'y avait qu'une source possible d'obligation volontaire : le contrat. Celui-ci est resté longtemps en honneur, jusqu'au jour où certains juristes allemands lancèrent dans la science juridique une nouvelle théorie que l'on peut résumer ainsi : ce n'est plus le contrat seul, l'entente entre le créancier et le débiteur, qui est apte à créer une obligation, mais la manifestation d'une volonté unique est également susceptible d'obliger l'auteur de cette manifestation de volonté.

Il semble que, pour l'institution qui nous occupe, l'apparition de cette nouvelle théorie a trouvé les faveurs de la pratique qui a découvert en elle une base préférable au contrat. Aussi, les législations modernes, approuvées en cela par la majorité des auteurs contemporains, s'en sont largement inspirées et l'ont incorporée à leurs dispositions.

Pour ce qui est des limites du vaste champ d'application de notre institution, elles sont souvent difficiles à tracer et les cas qui peuvent se présenter sont plus malaisés à résoudre qu'on ne le croit de prime abord. C'est pourquoi, pour les étudier plus commodément, nous avons divisé ce travail en autant de chapitres qu'il y a de matières à analyser. Nous allons suivre pour cela un ordre simple et naturel. Mais, au préalable, il nous a paru utile de donner dans une modeste introduction une définition de notre sujet, et nous l'avons fait suivre d'une étude concise portant sur le statut de la promesse de récompense dans les droits romain, français et allemand.

Dans un premier chapitre, nous examinons les éléments constitutifs de notre institution, c'est-à-dire ceux qui lui donnent sa physionomie caractéristique. Une fois établie, la promesse comporte évidemment des effets juridiques. Ceux-ci feront l'objet du second chapitre. Le troisième sera consacré à l'extinction de la promesse de récompense.

Enfin, le quatrième et dernier chapitre portera sur les questions dogmatiques, puisque celles-ci suivent bien souvent la pratique et cela plus particulièrement dans l'institution que nous étudions. Nous essayerons d'abord de faire ressortir la position du droit suisse à l'égard de la nature juridique de la promesse de récompense, puis nous donnerons un condensé suffisant de la théorie nouvelle de l'engagement par volonté unilatérale, condensé qui sera général et analytique et comportera les arguments avancés pour et contre la théorie. Cette dernière étant étroitement liée à notre sujet, et d'autre part, ayant, en raison de sa grande autorité, une influence considérable dans le droit des obligations, en tant que nouvelle source d'obligations, il nous a paru opportun de nous y attarder quelque peu.

INTRODUCTION

1. *Définition*

Nous allons nous efforcer de présenter une définition¹ qui, à notre avis, est assez complète et réunit tous les éléments nécessaires. Elle peut être énoncée ainsi :

La promesse de récompense consiste à promettre publiquement un prix à celui qui, indéterminé, lors de la promesse, se signalera par l'accomplissement d'un certain fait conformément aux

¹ Elestr. die Lehre von der Auslobung, in Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 18, p. 125 et ss., d'après Costiner, la promesse publique de récompense, Thèse, Paris, 1924, p. 6, note 1, la définit ainsi : « C'est la promesse d'un prix à une personne déterminée par l'accomplissement du fait demandé. » La plupart des juristes suisses tâchent également d'en retracer avant tout les limites. Voici quelques formules proposées par les principaux commentateurs du CO. Fick, Commentaire du Code fédéral des obligations, Neuchâtel, 1915, vol. 1, p. 37, souligne que le texte allemand emploie ici l'expression d'« Auslobung ». Elle est intraduisible en français et désigne une promesse publique de payer une rétribution à celui qui entreprendra une activité déterminée. Pour Rossel, Manuel du droit fédéral des obligations, T. 1, Lausanne, 1920, p. 39, « Les promesses publiques consistent dans le fait de promettre publiquement une récompense en argent ou en nature, comme prix d'un acte dont l'accomplissement est sollicité, d'une manière ou de l'autre, qu'il s'agisse d'une découverte scientifique, de la découverte d'une chose perdue ou des auteurs d'un crime, d'une récompense offerte à l'amateur le plus adroit dans un jeu quelconque, de la solution d'une énigme, etc. » Oser et Schönenberger, das Obligationenrecht, Zürich, 1929, vol. 1, p. 67, avancent la notion suivante : « par promesse de récompense, la loi entend la publication d'une récompense pour l'accomplissement d'une prestation ». Voir encore Fritz Funk, Commentaire du Code fédéral des obligations, trad. Porret et Perregaux, Neuchâtel, 1930, p. 38. Funk nous met en garde contre toute confusion entre promesse de récompense et « soumission », celle-ci étant une simple invitation à faire

conditions de la promesse. Il faut, cela va de soi, que le promettant remplisse quelques conditions légales fondamentales et aussi que le fait demandé ne soit contraire ni aux bonnes mœurs, ni à l'ordre public.

2. *Aperçu historique et de droit comparé*

Nous avons l'intention d'exposer ici l'institution et d'en dégager les aspects existant dans quelques droits importants, avant d'entreprendre nos recherches en droit suisse, celles-ci prendront place dans les chapitres suivants où nous accompagnerons la promesse de récompense d'une manière systématique, depuis sa naissance jusqu'à sa réalisation.

En premier lieu, il est capital de remonter au droit romain. Ensuite, nous nous pencherons sur le droit français, puis sur le droit allemand qui, sur ce point, a émis des vues qui lui sont particulières.

des offres et de ce fait, s'adressant à de nombreuses personnes. (p. 8) Bien que la distinction de ces deux institutions puisse se faire facilement, il est cependant avantageux de la souligner en deux mots. Par « soumission » on entend une publication adressée à un certain groupe d'intéressés (par exemple architectes, fournisseurs, entrepreneurs, etc.), en vue de provoquer des offres. (Cf. Von Tuhr, *Partie générale du Code fédéral des obligations*, vol. 1, trad. Torrenté et Thilo, Lausanne, 1929, p. 160, note 11, et aussi, *Journal des Tribunaux et revue juridique*, 69^{me} année, Lausanne, 1921, p. 69.) L'auteur de la publication ayant l'intention de contracter avec celui qui offre les meilleures conditions, la soumission n'a donc rien à voir avec la promesse de récompense (voir Oser, *op. cit.* art. 8, no. 11). D'abord, parce que de cette publication ne résulte aucun engagement à la charge de celui qui la fait, et ensuite parce qu'il n'est jamais question de récompense ou d'indemnité destinée à couvrir les frais occasionnés par le travail — plans, devis, etc. — des soumissionnaires dont le seul espoir est de contracter avec celui qui pose la soumission (Oser, *idem*) à moins qu'une indemnité pour le dit travail ne soit imposée par l'usage ou qu'elle ne ressorte de la nature de la publication J. D. T., 1921, p. 41. En bref, la soumission ne constitue pas, avant l'adjudication, plus qu'un appel à faire des offres alors que la promesse de récompense est un acte juridique parfait. D'après Guhl, le *droit fédéral des obligations*, trad. René des Gouttes, Zürich, 1947, p. 86, « la promesse publique est l'annonce publique d'une récompense proposée en échange d'une prestation déterminée. »

A. *La promesse de récompense en droit romain.*

Nous étudierons principalement deux questions : l'existence de l'institution et son caractère obligatoire. Pour ce qui est de la première question, il ne saurait subsister aucun doute quant à sa réalité.¹ Quant à la seconde, elle fait l'objet de diverses théories dont nous donnerons un bref aperçu dans les pages qui vont suivre.

La promesse de récompense a laissé son empreinte dans la vie moderne et, partant, dans les législations actuelles. Du point de vue dogmatique, certains auteurs se sont laissé influencer par les travaux du droit romain et voient dans cette institution un développement de la « pollicitatio » romaine obligatoire.²

¹ Guihaire, de la force obligatoire de la déclaration unilatérale de volonté, thèse, Rennes, 1900, p. 225 ; aussi Worms, De la volonté unilatérale considérée comme source d'obligation, thèse, Paris, 1891, p. 32.

² Cf. R. Villers : Essai sur la pollicitatio à une « res publica » (Revue historique de droit français et étranger), 1939, p. 1-38. L'auteur de cet article consacre les pages 6-16 à l'étude terminologique de cette expression différemment employée en droit romain. Sa signification littéraire et classique était celle d'une promesse spontanée et gratuite, et dans le langage juridique, elle signifiait une offre, une promesse sans effets. Ce dernier sens est resté même jusqu'aux derniers siècles du Bas Empire, et c'est seulement à la fin du IV^eme siècle et au début du V^eme, à l'époque de Justinien, que ce mot s'est éloigné de son étymologie classique et a reçu un sens absolument contraire : celui d'un pacte nu, d'une promesse acceptée. M. Villers précise, p. 3, note 3, que les principaux manuels de droit romain emploient ce terme « comme s'il s'agissait d'une institution autonome, au risque d'entraîner des confusions regrettables ». Mais le sens de « pollicitatio » étant purement et simplement « offre », il est seulement question de savoir si, dans certains cas, elle peut faire naître des obligations sans avoir été acceptée. Nous sommes d'accord avec cette théorie. Nous constatons la même confusion chez un éminent auteur suisse, Becker, qui emploie « théorie de la pollicitation » pour « théorie de l'engagement par volonté unilatérale » qui est une doctrine moderne allemande, tandis que les auteurs français, surtout les classiques, comme Pothier, emploient volontiers pollicitation et pollicitant au lieu de « offre » et « offrant ». Cependant, pour notre part, nous ne pouvons nous empêcher de suivre les grands romanistes et après eux, ceux qui se sont donnés la peine de fouiller dans les textes concernant les termes en question ; tous, ils considèrent la pollicitation comme une situation exceptionnelle, dans laquelle une promesse unilatérale est susceptible d'obliger son auteur sans qu'il soit

Ajoutons que d'autres y voient une promesse non acceptée, donc une pollicitation au sens large. Quelques exemples déjà cités par les auteurs¹, qui ont traité cette matière témoignent d'une façon indubitable que les Romains ont connu et fréquemment employé ce genre de promesse. Il est à remarquer que non seulement les particuliers recouraient à la promesse de récompense pour retrouver leurs esclaves fugitifs ou leurs animaux égarés² mais que l'Etat, lui aussi, l'utilisait en cas de danger public. En effet, Salluste nous en parle à propos de la conjuration que fomenta le patricien Catalina contre le Sénat. Ce dernier avait alors promis une grosse prime à ceux qui, même esclaves, donneraient des renseignements sur ce complot.³

Examinons maintenant les droits et prétentions que pouvait faire valoir celui qui avait accompli le travail voulu. Autrement dit, quelle était la valeur juridique de ces promesses ? Si d'une part il paraît évident qu'un Romain ayant promis publiquement, au vu et au su de tous, ne pouvait raisonnablement⁴ se dédire, il devait cependant arriver des cas litigieux.

Pour tenter de résoudre ces cas, nous allons déterminer si la promesse de récompense obligeait ou non son auteur. C'est se demander si le bénéficiaire avait ou non le droit d'action

nécessaire que cette promesse soit acceptée par le futur créancier. C'est ainsi que pour insister sur ce caractère tout à fait dérogatoire aux principes ordinaires, on avait fait suivre le terme « pollicitatio » de l'adjectif « obligatoire ». Cela montre que la pollicitatio simple signifiait certainement « offre », au sens romain du mot, d'autant plus qu'elle est abandonnée dans la terminologie juridique moderne. Voir également Anna Goldberg, Essai d'une théorie générale de l'engagement juridique par volonté unilatérale d'après le code civil allemand, thèse, Nancy, 1913, p. 82 ; et Villers, Remarques sur la promesse de récompense en droit romain, Paris, 1941, p. 10.

¹ Cf. par exemple, Costinier, *op. cit.*, p. 8 ; aussi, Girard, Textes de droit romain, 6^e éd., Paris, 1937, p. 864.

² Tels sont, croyons-nous, les buts primitifs et immédiats de la promesse de récompense.

³ Salluste, Catalina XXX, 6, d'après Worms, *op. cit.*, p. 36.

⁴ Vu la puissance redoutable de l'opinion publique, les idées dominantes de l'honneur, des mœurs et des usages avaient parfois plus de force que la loi. Voir aussi, à ce sujet, Ihering, *l'Esprit du droit romain*, T. II, p. 137, trad. Meulenaere.

contre le promettant. Une première et fameuse classification des faits générateurs d'obligations les divisent en deux¹, à savoir les contrats et les délits privés. Ces derniers qui sont des actes illicites n'impliquant aucune promesse ne nous intéressent à aucun point de vue. Reste le contrat² : accord de deux volontés sur un point précis qui devait, en outre, revêtir une forme

¹ Giffard, *Précis de droit romain*, T. II, 1933, p. 11, « Gaius, dans ses *Institutes*, déclare que la division principale des obligations est la division en obligations qui naissent du contrat et en obligations qui naissent du délit. » Voir également Lepointe et Monier, *Les Obligations en droit romain et dans l'ancien droit français*, Paris, 1954, p. 119, Hubrecht, *Manuel de droit romain*, T. II, 1943, p. 8, May Gaston, *Eléments de droit romain*, Paris, 1913, 11^{me} éd., qui ajoute que Gaius nous rapporte, semble-t-il, la plus ancienne des classifications des obligations, p. 235. Cette division incomplète a été critiquée et ramenée à une division tri ou quadripartite, voir plus, selon les différentes interprétations des romanistes. Cf. sur ce sujet, Monier, *Manuel de droit romain*, T. II, p. 30 et ss., Paris, 1948, Cuq, *Manuel des Institutions juridiques des Romains*, p. 383 et ss., Paris, 1928, Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, p. 19-20, Paris, 1937. Selon Hubrecht, *op. cit.*, p. 9, Gaius, dans ses *Institutes*, se rendait compte que cette division bipartite ne couvrait pas toutes les sources possibles d'obligations, aussi on peut admettre que dès l'époque classique on commença à ranger dans un troisième groupe les obligations qui naissent de cas divers comme l'indique un texte attribué à Gaius dans le *Digeste* et au Bas Empire, ce 3^{me} groupe s'est fragmenté et l'on aboutit à une division quadripartite que l'on sait. Voir également dans ce sens, Lepointe et Monier, *op. cit.*, p. 120, Girard, *Manuel de droit romain*, 7^{me} éd., Paris, 1924, p. 408.

² Il n'est pas sans intérêt de noter que le mot « *contractus* » — contrat — désignait primitivement deux opérations juridiques distinctes qui se trouvaient réunies dans une même opération unique, ainsi le contrat d'achat et vente comme disaient les Romains. Ce n'est que plus tard, au temps de Gaius, que le mot contrat indique ce qui nous est familier, à savoir l'accord de volontés. Cf. Lepointe et Monier, *op. cit.*, p. 180 et ss., Giffard, *op. cit.*, T. II, p. 28 et ss. Il est également intéressant de rappeler que durant le Haut Empire les jurisconsultes mettaient au premier plan, non pas cet accord de volontés, mais l'élément matériel exigé pour la formation du contrat. Ainsi, le droit romain a suivi, en matière contractuelle, une marche progressive allant du « *nexum* », vieux contrat qui est l'emploi du métal et de la balance, à la formation d'une obligation, puis au contrat verbal, littéral et consensuel. Cf. Ortolan, *Histoire de la législation romaine*, 12^{me} éd., p. 645-645, aussi Girard, *manuel*, *op. cit.*, 7^{me} éd., p. 453 et ss.

déjà établie pour être sanctionné¹. Cette formalité a subi², il est vrai, quelques atténuations³, mais elle n'a jamais cessé d'exister⁴.

Or, seul ce contrat formaliste recevait à Rome la sanction civile ; une simple convention, une coexistence de deux volontés, sans autre, ou, pour employer le terme consacré par les romainistes, un « *pactum nudum* » ne suffisait pas pour engendrer un lien de droit entre les parties⁵.

En ce qui concerne la promesse de récompense, voyons si l'on peut la considérer comme obligeant l'une ou l'autre des parties en cause et de quelle façon. Plaçons-nous sur le terrain le plus favorable à la sanction juridique : l'auteur connaît la promesse de récompense et agit en vue de la récompense. Ici encore, il faut décider, nous semble-t-il, pour le déboutement du tiers. Même en épousant l'opinion que l'on est en droit d'attribuer à Worms⁶ et selon laquelle l'accomplissement de la prestation équivaldrait à une acceptation, il n'y aurait, comme il le relève lui-même, qu'un pacte nu et l'on sait qu'un tel pacte n'était en principe et d'une façon générale pas générateur d'obligation civile⁷. De plus, il n'est pas sans danger, croyons-nous,

¹ Cuq, op. cit., p. 379, Monier, op. cit., p. 78. D'après Cornil et Costa, « dans la Rome primitive, la sanction juridique n'aurait existé qu'à la suite d'une solennité formaliste telle que le « *nexum* », la simple dette résultant de l'engagement soit à la suite d'un délit, soit de l'engagement direct et volontaire, aurait été impuissante par elle-même à faire naître cette sanction ». (Lepointe et Monier, op. cit., p. 12).

² Monier, op. cit., p. 92, no. 73.

³ Voir spécialement Planiol et Ripert, *Traité pratique du droit civil français*, Paris, 1952, T. 6, par Esmein, p. 100-104, no. 96 et 97.

⁴ Lepointe et Monier, op. cit., p. 123 et 181.

⁵ Monier, op. cit., p. 32, s'exprime ainsi : « Du pacte nu ne naît pas d'action et la simple convention n'engendre pas d'obligation ». Cuq, op. cit., p. 385 et ss., ainsi que, Lepointe et Monier, op. cit., p. 122, qui précisent qu'« en principe, pour les Romains du temps de Justinien, la simple convention dénuée de forme est aussi dénuée d'action ».

⁶ Worms, op. cit., p. 38.

⁷ Exception étant faite de cette règle générale en faveur des quatre contrats suivants, dits consensuels : la vente, le louage, la société et le mandat. Cf. Giffard, op. cit., p. 27, Monier, op. cit., p. 128 et ss., Ortolan, op. cit., p. 248, no. 206. Toutefois, selon Ortolan, la rigueur du droit civil strict pouvait être modifiée par quelques circonstances et donner aux pactes

de conclure ici à une convention. L'exécution du fait demandé ne pouvait pas valoir acceptation, vu la rigueur et l'étroitesse de la conception romaine du consentement, élément déterminant de toute convention. Il fallait pour que ce dernier existe que les volontés des parties se pénétrassent, qu'elles s'entendissent, nous dirons même que ses auteurs devaient se connaître, se voir, se trouver face à face en vue de contracter ensemble à titre de créancier et de débiteur¹. On peut donc reprocher à M. Worms d'avoir admis ici l'existence d'une convention et encore de n'être pas allé jusqu'au bout de sa pensée en qualifiant un tel lien d'obligation naturelle². Cette dernière ne nous intéresse pas et nous passons outre. Mais en nous basant sur la pensée de Worms, nous devrions en effet conclure à un contrat innomé³ muni d'une action. Cette opinion a été soutenue par M. Van

divers effets juridiques. Aussi des dispositions impériales ou prétoriennes ont attaché à quelques pactes un effet obligatoire. Ortolan, *op. cit.*, p. 648, no. 207. Suivant Georges Cornil, *Droit romain*, Bruxelles, 1921, p. 250, si les intéressés ont conclu un accord, sans forme, il ne se forme aucune obligation légale, mais bien une obligation naturelle.

¹ Monier, *op. cit.*, p. 68, Van Wetter, *Les obligations en droit romain*, T. I, p. 97 et ss., Gand, 1883.

² Worms, *op. cit.*, p. 39.

³ On sait que cette expression est encore à l'usage en droit français (art. 1107), mais d'après Demogue, *op. cit.*, T. II, p. 909, no. 917, « les contrats innomés n'ont plus la même nature qu'à Rome. Cependant, l'expression est commode pour désigner certains contrats ». Voir aussi, *Code civil annoté*, Paris, 1936, T. III, p. 61 et ss. En effet, cette expression proclame à présent la liberté des conventions, voir Planiol et Ripert, *op. cit.*, p. 44 et ss. ; aussi Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, par Ripert et Boulanger, 3me éd., T. II, p. 34, no. 38. Il est superflu de rappeler qu'il en était autrement aux temps du droit romain où trois catégories de contrats nommés revêtaient seules la force obligatoire. De là dérivait la théorie des contrats innomés qui suppose qu'une convention synallagmatique, conclue en dehors de ces trois catégories, a été exécutée par une des parties. Selon l'avis prépondérant, cette exécution ne donnait, avant Justinien, aucun droit à la contre-prestation, mais tout au plus, seulement à répéter ce que l'on avait fourni, Girard, *op. cit.*, p. 618 ; Planiol et Ripert, *op. cit.*, p. 44, note 4, sur l'histoire et la division des contrats innomés, voir Lepointe et Monier, *op. cit.*, p. 280-292, et May, *op. cit.*, p. 367. Dès l'époque de Justinien, à qui on attribue la généralisation du système des contrats innomés, ce serait lui qui aurait introduit, dans les textes, l'expression de l'action

Wetter¹ qui part de la même idée que Worms, mais en allant beaucoup plus loin dans la protection de la personne qui agit en considération de la promesse de récompense. Mais comme son point de départ nous paraît indéfendable lorsqu'il dit que « le tiers a fait une prestation en vue de la récompense et avec le consentement du promettant »², ce dont nous avons relevé l'in vraisemblance, nous nous contenterons d'exposer purement et simplement ses dires, qui par ailleurs sont fort intéressants et dont la réalisation serait souhaitable. Selon lui, il est évident que dans la promesse de récompense, le tiers agit en vue d'un certain but. Cela signifie qu'il a accepté d'une manière indubitable cette promesse. On pourrait donc conclure qu'il y a accord et par conséquent contrat, notamment du type réel innomé. C'est justement cet accord, ce contrat, qui, à nos yeux, ne peut être formé faute de consentement. En effet, ce « *mutuus consensus* » exigé par le droit romain, cette copénétration des deux volontés sur un même point n'apparaît pas ici. Sur la base de ce contrat innomé, notre juriste considère alors le promettant comme « pleinement » tenu³. Il reconnaît évidemment le fait que cette promesse s'adresse à une personne indéterminée, mais, dit-il, « cette circonstance n'exclut pas le consentement entre le promettant et le tiers auteur de la prestation »⁴. Il va jusqu'à résoudre la question du retrait de la promesse de récompense de la façon suivante : « Il va de soi que tant que les tiers demeurent inactifs, l'auteur de la promesse de récompense la retire avec une liberté entière comme toute autre sollicitation, sauf à le faire publiquement⁵. Mais ce retrait ne peut plus se faire si, « à la suite de la promesse de récompense, un tiers

« *praescriptis verbis* » dans laquelle certains voient une latinité médiocre. L'essentiel est que les contrats innomés sont désormais élevés à la dignité des autres contrats nommés donnant action personnelle en exécution de la contre-prestation. Girard, op. cit., p. 618-623, Hulvein, Cours élémentaire de droit romain, T. II, p. 106, Paris, 1929.

¹ Op. cit., p. 457-459.

² Idem, p. 457.

³ Idem, p. 457.

⁴ Idem, p. 458.

⁵ Idem, p. 458 et 459.

a fait des sacrifices, de temps ou d'argent en vue de la prime promise », car, le promettant se trouve alors conditionnellement obligé envers le tiers pour le cas où les efforts de celui-ci aboutiraient. Ce commencement d'exécution vaut pour lui acceptation. « Or, les contrats conditionnels sont irrévocables et transmissibles aux héritiers. » Avec les éminents auteurs qu'il cite en note¹, il devance même les codes les plus modernes qui n'accordent en l'occurrence qu'une simple indemnité destinée à couvrir les impenses faites de bonne foi. Nous ne partageons son avis que lorsqu'il invoque l'équité et les sentiments de la pure justice en faveur de ses solutions.

Il est superflu d'ajouter enfin qu'on ne saurait attribuer une sanction civile à la promesse de récompense en se plaçant sur le terrain du quasi-contrat que les Institutes de Justinien nous présentent comme source d'obligations. L'assimilation de notre institution à la classe des quasi-contrats², limitativement énumérés³, est à maints égards impossible. Rappelons seulement qu'on a déjà relevé l'inexactitude⁴ de cette dénomination — quasi-contrat — vu que son trait essentiel est l'absence de toute volonté contractuelle.

Nous en arrivons ainsi à chercher ailleurs pour tenter de trouver une base juridique solide à notre institution. Il s'agit cette fois de jeter un coup d'œil sur la « pollicitatio » romaine

¹ Idem, p. 458, note 23.

² Suivant Colin et Capitant, Cours élémentaire de droit civil français, T. II, 8me éd., Paris, 1935, p. 7 et 8. « La notion de quasi-contrat envisagée comme constituant une source spécifique d'obligations, est née d'une confusion des interprètes. Les Romains ayant remarqué qu'il y avait des cas où l'équité et l'utilité commandaient de faire naître des obligations de faits, ne constituant ni contrat, ni délit, y avaient ajouté cette observation que les actions nées de ces obligations ressemblaient parfois à celles qui prennent naissance d'un contrat. Ainsi, les actions nées d'une gestion d'affaire ressemblaient à celles d'un mandat. L'action née du paiement de l'indu ressemblait à celle du mutuum ; mais dans notre droit actuel, cette notion d'action quasi-contractuelle n'a plus aucun intérêt, aucune utilité. » Voir encore sur cette notion les critiques Demogue, op. cit., T. I, p. 43, et la Bibliographie qu'il cite ; voir aussi, Planiol et Ripert, op. cit., T. VI, p. 8.

³ Cf. Giffard, op. cit., p. 103 et 255, T. II.

⁴ Monier, op. cit., p. 34 et les auteurs qu'il cite en note.

obligatoire afin d'en localiser le champ d'application tel qu'il lui était reconnu par la plupart des auteurs¹. Au lieu d'un accord de deux ou plusieurs volontés, une seule² pouvait, très rarement et d'une façon dérogatoire aux principes romains, obliger son auteur. Ce qui est certain, ainsi le dit Saleilles³, c'est que « sous l'Empire, il est question de gens qui promettent d'accomplir une prestation au profit de leur cité et qui se trouvent liés sans qu'il y ait trace d'acceptation de la part de la cité ou de ses représentants ». Cela tient sans doute à certaines considérations relatives soit au droit public, soit au droit sacré. Il n'en est pas moins vrai que l'on n'a pas considéré comme radicalement impossible que la volonté en certains cas pût se lier elle-même sans qu'il y eût accord de deux volontés. Le premier cas à envisager est celui de la promesse faite à l'Etat, à une cité ou même à une commune ; en effet, toute autre personne morale, même érigée dans l'intérêt public, ne pouvait bénéficier de cet avantage ; d'autre part, une telle promesse ne fut pas absolument obligatoire, elle ne revêtait ce caractère que si elle était faite en considération d'une question d'honneur ou d'un autre motif justifié, sinon elle devait recevoir un début d'exécution pour devenir obligatoire.⁴

Une deuxième et dernière institution que l'on peut ranger dans la pollicitation obligatoire est celle du « votum »⁵. C'était

¹ Cuq, op. cit., p. 334 et ss., Dillier-Pailhe, 3me éd., 1887, T. II, Paris, Cours élémentaire de droit romain, p. 15, en note. Lepointe et Monier, op. cit., p. 330-331, Hubrecht, op. cit., p. 42, Giffard, op. cit., T. II, p. 167, Girard, op. cit., p. 480.

² J. E. Goudsmit, Cours des Pandectes, T. I, p. 134, note 1, Paris, 1873.

³ Etude sur la théorie générale de l'obligation d'après le projet de B. G. B., Paris, 1890, p. 143.

⁴ Worms, op. cit., p. 40 et ss., et d'après Lepointe et Monier, op. cit., p. 331, elle est validée, sous le Haut Empire, quand elle est justifiée par la concession d'une charge ou d'une magistrature au profit du promettant qui offre de faire une « opus » (construction) et au Bas Empire, toute promesse à la cité est valable, si elle s'appuie sur un motif légitime.

⁵ Saleilles, Etude, op. cit., p. 143 ; selon Lepointe et Monier, op. cit., p. 331 : « Le vœu, promesse à un Dieu, est admis en droit religieux et fait naître une obligation transmissible aux héritiers. » Voir également Van Wetter, Pandectes, T. I, p. 234, et Worms, op. cit., p. 66.

une promesse que l'on faisait à une divinité lorsque l'on se préparait à affronter un danger quelconque ou que l'on désirait obtenir quelque chose de cette divinité. On faisait par exemple un vœu pour s'assurer le salut pendant une traversée en mer.

Voilà strictement les seuls cas où il y avait, comme nous le disons aujourd'hui, engagement unilatéral. L'examen de ces deux cas dépasse notre compétence d'autant plus qu'ils ne nous intéressent pas directement.

De tout ce qui précède, on peut affirmer que la pollicitation obligatoire ne touchait pour ainsi dire pas le droit privé¹. Mais on a voulu quand même y faire rentrer la promesse de récompense (*indicium*)². Un simple avis hasardé, sans être développé

¹ Nous devons citer en dernier lieu l'avis d'un éminent juriste : Jhering, qui a traité notre question comme suit : « L'antiquité n'a jamais reconnu de forces obligatoires à la promesse à titre gratuit que dans deux cas : le vœu et la pollicitation servant l'un et l'autre à la consécration aux dieux et à la commune. Même ici, dans sa générosité envers ce qu'ils reconnaissent de plus élevé, la dignité et la patrie, les Romains restent fidèles à leur égoïsme. Pour le Romain, le vœu n'est autre chose qu'une espèce de contrat réel innomé, conclu avec la divinité, c'est une prestation sous la condition d'une contre-prestation, et sa force obligatoire était basée sur la « res ». La pollicitation non plus n'oblige pas à titre de libéralité pure, elle doit être basée sur une juste cause, soit que la commune de son côté ait accordé ou doive accorder quelque chose, soit qu'un désastre l'ait frappée. Dans la formation de l'expression pollicitation, le langage a eu en vue les cas de la prestation préalable de la part de la commune. » (L'évolution du droit, traduction de Meulenaere, Paris, 1901, p. 194 et 195, note 83.) Pour Baudry-Lacantinerie et Barde, Traité théorique et pratique de droit civil, 3^{me} éd., T. I, p. 36-37, no. 28, note 3, bien qu'ils emploient la pollicitation dans le même sens que Jhering, il n'y a pas possibilité de l'étendre à la promesse de récompense. Voici ce qu'ils disent textuellement à ce propos : « On trouve en droit romain deux cas où par exception une obligation naissait de la simple manifestation de la volonté : nous voulons parler du vœu ou promesse faite à un dieu et de la pollicitation ou promesse faite à une cité. La première de ces institutions appartenait au droit sacré et la seconde au droit public. » Ils ajoutent plus loin : « Rien ne permet de supposer que, dans le cas de promesse de récompense, une action fût accordée à la personne qui réclamait l'exécution. »

² On a en effet adopté le mot « *indicium* » comme l'expression technique pour désigner la promesse de récompense. Mais ce mot a bien d'autres

ni appuyé sur des documents sûrs, n'est pas en mesure de nous convaincre¹. Enfin, notre courte démonstration sur la pollicitation serait incomplète si nous ne faisons pas entrevoir les divergences fondamentales qui la séparent de la promesse de récompense, ce qui réfute l'opinion du dernier juriste que nous avons cité. Avec Anna Goldberg, nous rappellerons que l'indétermination du destinataire est le trait le plus caractéristique de la promesse de récompense, tandis que la pollicitation s'adressait à une personne déterminée. Autre différence, tirée, elle aussi, de la définition de la promesse, celle qui concerne le moment où naît le rapport obligatoire ; alors que pour la promesse, celui-ci ne se forme qu'au moment de l'accomplissement de la prestation par le tiers, le rapport pour le pollicitant se trouve immédiatement formé par une obligation pure et simple pour ce dernier. A cela s'ajoute la remarque très importante déjà dite et dont il faut toujours se rappeler : il ne faut pas oublier, en effet, que la pollicitation a été admise à titre strictement exceptionnel et l'obligation qui en découlait était tout à fait dérogatoire aux principes du droit romain. Comme le disait très justement Ortolan² : « On distingue du pacte ou convention, la simple promesse préalable faite par l'une des parties et non encore acceptée par l'autre que les Romains nomment pollicitation. Ce n'est que dans ces cas tout à fait exceptionnels et privilégiés que la simple pollicitation produit un lien de droit. »

Résumons-nous : en droit romain, il est impossible de concevoir qu'une seule volonté, même expresse, licite et sérieuse,

acceptions, ce qui rend confuse la lecture de certains textes. *Indicium* a plus le sens de « récompense » ou de « récompense promise » que de promesse de récompense. Mais ce mot signifie encore dénonciation et le prix de la dénonciation. Voir encore Villers, Remarques, op. cit., p. 6-7, note 2.

¹ De cette opinion, nous ne connaissons guère que Giffard, op. cit., p. 167, note 1, qui nous apprend en outre que le vœu constituait un acte bilatéral, « une forme primitive du contrat oral de stipulation » et que la volonté unilatérale n'avait d'application que pour la promesse de récompense, et la promesse à une cité. Voir également Hubrecht, op. cit., p. 42.

² Explication historique des Institutes de Justinien, 11^{me} éd., T. III, p. 138, 1880.

crée une obligation civile à la charge de son auteur, bien que l'avis contraire ait été présenté et défendu.¹

Il résulte de tout ce qui précède que la promesse de récompense, pratiquement connue des Romains, ne rentrait pour eux dans aucun mode d'engagement entre particuliers et les effets juridiques qui en découlaient ne se réclamaient pas du droit des obligations, mais du droit administratif dont les agents prenaient l'affaire à leur charge, procédaient à l'enquête nécessaire, recevaient l'objet de la promesse et délivraient la récompense en faisant dans toutes ces étapes acte d'autorité publique.

B. *La promesse de récompense en droit français.*

Considérée du point de vue pratique, la promesse de récompense a un usage fréquent en France, comme ailleurs. En ce qui concerne son emploi, il est bien entendu que la situation est pareille à celle existant très généralement, vu le caractère d'ubiquité que comporte ce genre de promesse.

En droit cependant, il nous faut d'abord remarquer que le code civil français ne la connaît pas. D'autre part, et contrairement à ce qu'il en était en droit romain, nous constatons d'emblée que cette pratique a pu accéder à la sanction judiciaire en l'absence même de toute disposition légale qui lui fasse allusion². Il nous paraît donc permis de dire avec Demogue que « la promesse de récompense doit être considérée en France

¹ Déjà vers la fin du siècle dernier, un professeur allemand, Koffen, affirmait que la théorie romaine du contrat n'était que celle de l'engagement par volonté unique. Ce juriste a émis cette affirmation en vue de soutenir le caractère obligatoire de l'offre entre absents en droit romain. Dans la « Revue de droit international et de législation comparée », 1872, Rivier critique cette opinion et après avoir constaté que Koffen considère l'offre comme obligatoire même dans les conventions destinées à fonder l'obligation, réfute les arguments de ce dernier.

² Planiol et Ripert, op. cit., p. 164, note 2. Chabas, De la déclaration de volonté en droit civil français, thèse, Paris, 1931, p. 162. Matesco, L'obligation unilatérale et le Code civil, thèse, Paris, 1919, p. 205, et aussi De Page, Traité élémentaire de droit civil Belge, 1934, T. II, p. 457, no. 528.

comme obligatoire. La validité de la promesse étant admise dans le silence de nos codes, par raison d'utilité publique, les tribunaux ont à interpréter raisonnablement cette promesse¹.

Il s'ensuit, et c'est ce qui intéresse surtout la pratique, que le promettant se voit, cette fois, obligé de s'acquitter d'une obligation civilement exécutoire, dans le cas, bien entendu, où son désir est satisfait. Mais ce qui a fait et fait encore couler beaucoup d'encre, c'est la base juridique de cette obligation. Avant d'aborder cette question, il faudrait se rappeler que l'on est toujours sous la domination des traditions et principes du droit romain. En effet, comme le code civil français, issu plus ou moins de ces derniers, les principaux auteurs classiques qui ont présidé à son élaboration et en ont fait les premiers commentaires, sont restés fidèles à ces survivances. Pour ne prendre qu'un exemple, très marquant : l'offre qui, en droit français, fait le genre dont la promesse serait une espèce.² Rappelons à cet égard le passage de Paul³ qui résume bien la pensée romaine : « de la simple pollicitation ne naît pas d'action ». Cela veut dire que l'offre du droit romain n'avait aucune vertu juridique à elle seule. Cela était inimaginable de la même façon qu'on ne peut imaginer une réponse sans interrogation⁴. Le code civil français, lui, n'a pas prévu expressément cette tradition plusieurs fois séculaire en la considérant comme immuable. Mais c'est la doctrine classique qui en a adopté le principe en représentant ainsi l'esprit du code⁵. Or il est conforme à la

¹ Demogue, *op. cit.*, p. 265, T. II.

² Chabas, *op. cit.*, p. 19 en note.

³ « Ex nuda pollicitatione nulla actio oritur », Paul sent. V. 12, paragraphe 9. Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, T. II, p. 166, aussi Hubrecht, *op. cit.*, p. 42, Bonnecase, *Précis de droit civil*, T. II, Paris, 1934, p. 223.

⁴ D'après les règles de la stipulation, mode important, sinon principal, de s'obliger, la volonté du créancier précédait nécessairement celle du débiteur, voir Giffard, *op. cit.*, T. II, p. 37 et ss. ; Planiol et Ripert, *op. cit.*, p. 101 ; Hubrecht, *op. cit.*, p. 79 ; Lepointe et Monier, *op. cit.*, p. 185 ; May, *op. cit.*, p. 292.

⁵ Voici par exemple un passage de Pothier : « La pollicitation aux termes du pur droit naturel ne produit aucune obligation proprement dite et celui qui a fait cette promesse peut s'en dédire tant qu'elle n'a pas été acceptée

nature des choses de suivre ici les considérations que nous avons émises à propos de la promesse en droit romain. Il a déjà été dit que certains romanistes ont cru voir dans la promesse une offre et dans sa réalisation finale une convention ou un contrat. Pour le droit romain, nous avons relevé l'incompatibilité de ce point de vue avec les principes généraux du droit romain. Mais nous rencontrons maintenant la même opinion dans le droit français. Aussi selon la théorie dominante, la promesse de récompense n'est autre chose qu'une offre de contracter, offre publique qui a besoin d'une acceptation pour former le contrat.

Cette acceptation s'opère dans ce cas d'une façon tacite¹ et

par celui à qui elle a été faite. Car il ne peut y avoir d'obligation sans un droit qu'acquiert la personne envers qui elle est contractée contre la personne obligée. Oeuvres de Pothier, éd. Bugnet, T. II, p. 5, no. 4, voir également Larombière, Théorie et pratique des obligations, T. I, p. 6, Laurent, Principes de droit civil français, 2me éd., T. 15, p. 539 et ss., no. 468, Aubry et Rau, Cours de droit civil français, 6me éd. T. 4, p. 420, Bonnecase, op. cit., p. 223, Demolombe, op. cit., T. I, no. 63 A, p. 59.

¹ Cette expression que l'on emploie volontiers à propos de la déclaration de volonté mérite quelques explications. Pour Savigny : « la déclaration peut être expresse ou tacite. En effet, la volonté elle-même comme fait intérieur, ne saurait se faire connaître que par l'intermédiaire d'un signe sensible, et il y en a de deux espèces. Ordinairement, le signe sensible a uniquement pour objet d'exprimer la volonté ; souvent aussi, quoiqu'il ait un autre objet spécial, il implique en même temps l'expression de la volonté. Dans le premier cas, la déclaration de volonté est expresse, tacite dans le second. » Traité de droit romain, trad. Guenoux, T. III, p. 246 et ss., et l'auteur d'ajouter : « Un auteur a proposé récemment de substituer à ces termes ceux de déclarations de volontés immédiates et médiates. La phraséologie que j'adopte me semble plus claire ; elle a en outre l'avantage d'être plus usitée et plus connue. Sans doute, l'exactitude demanderait que l'on appelât consentement résultant des faits le consentement tacite, car le mot tacite prête à la confusion de ce cas avec celui du simple silence, mais l'expression serait moins précise et le sens du mot tacite est trop connu pour donner lieu à aucune méprise. Un auteur distingue les deux espèces de consentements selon que la volonté résultant d'un acte antérieur peut se reconnaître avec ou sans l'aide du raisonnement. Cette distinction ne me paraît pas fondée, car la clause obscure d'un contrat qui demande, pour être entendue, une interprétation raisonnée, n'en est pas moins une déclaration de volonté expresse. On ne peut pas non plus rigoureusement distinguer ces deux cas selon que la volonté est ou non exprimée par des paroles, car une déclaration tacite résulte quelquefois

parfait par là la convention¹ qui oblige l'offrant, dans l'espèce le promettant, de payer à l'autre partie contractante, dans l'espèce le tiers bénéficiaire, la récompense promise. Celui-ci devient partie contractante par le seul fait qu'il accomplit la prestation demandée. Si nous nous en rapportons aux principes et règles déjà établis, nous serons contraints de rejeter purement et simplement l'hypothèse selon laquelle la convention serait formée dans de telles conditions.

Faut-il agir dans ce cas comme nous l'avons fait pour le droit romain² et dire que, faute de consentement, un tel con-

d'une clause, si ses termes ont directement un autre objet que l'expression de cette volonté. Ibidem, p. 247, note a, voir également Demogue, op. cit., T. I, p. 296, Saleilles, De la déclaration de volonté, Paris, 1929, p. 3 et 152 ; Traité théorique et pratique de droit civil, Baudry-Lacantinerie, supplément par Bonnecase, Paris, 1925, T. II, p. 467, aussi, Bonnecase, Précis, T. II, p. 226, Paris, 1934, Von Tuhr, Code Fédéral des obligations, T. II, partie générale, trad. française, p. 135-138, Colin et Capitant, op. cit., T. II, p. 23, no. 25. Quant à nous, nous préférons les termes directs et indirects à ceux d'expresse et tacite.

¹ Nous ne tenons pas compte de la distinction que l'on a coutume de faire en droit français entre contrat et convention, mais nous les considérons comme des synonymes, voir à ce propos : Planiol et Ripert, op. cit., T. 6, p. 17, Demogue, op. cit., T. I, p. 66, Colin et Capitant, op. cit., T. II, p. 9, no. 8. Pour la majorité des auteurs français, le contrat serait une des variétés, un des types de la convention en vue uniquement de créer des obligations. Josserand, Cours de droit civil positif français, T. II, Paris, 1930, p. 7, Capitant, Introduction à l'étude du droit civil, II^{me} éd., Paris, 1904, p. 243.

² « Les rédacteurs du code civil français résumèrent en quelques lignes les réflexions et les essais de leurs prédécesseurs. Il faut signaler parmi les emprunts anciens le tableau dessiné par les Romains de la naissance de toutes les obligations, ce qui passa dans le Grand Coutumier et que versa enfin Pothier dans le code civil », Viollet, Histoire du code civil français, 3^{me} éd., p. 648-649. Au 18^{me} siècle, un juriste qui a exercé une grande influence sur la rédaction du code civil français, Pothier, reprend la division quadripartite de Justinien ; ainsi est-elle devenue classique en France. Elle se trouve dans le code bien avant que Pothier, Domat et Grotius ne critiquent la division de Justinien et n'ajoutent la loi et l'ordre divin et que ces critiques ne trouvent échos chez Pothier qui y ajoute une nouvelle catégorie : la loi. Voir l'art. 1370, et surtout Aubry et Rau, Cours de droit civil français, T. 4, 6^{me} éd., p. 5.

trat ne pourrait voir le jour ? Remarquons d'abord que la vieille notion romaine de consentement a trouvé un autre sens dans la terminologie moderne et que celle de convention a changé quant à sa formation et quant à sa valeur juridique. Consentement¹ s'emploie, de nos jours, dans le sens de la volonté de l'une des parties et non plus uniquement dans le sens de l'accord de deux volontés sur un point précis. D'autre part, la convention n'a plus besoin, en principe, de forme spéciale pour être obligatoire². Après avoir été délivré du formalisme romain, le seul accord de volontés se rencontrant n'importe comment, même si les parties ne se sont pas vues, ni connues, suffit pour former le contrat. Sans vouloir développer ici les différents systèmes proposés pour la formation de contrats entre absents, ce qui dépasse les limites de cet exposé, nous soulignons simplement qu'une bonne partie de la doctrine³ abonde dans le sens que le contrat est parfait dès que l'acceptation s'extériorise, que l'offrant la connaisse ou non. Ce point de vue a également passé dans la jurisprudence⁴. Bien plus, la Cour de Cassation française estimait que la perfection du contrat entre absents est « une question de fait plus que de droit, en ce sens que la solution de cette question peut varier selon les circonstances de chaque espèce », de telle sorte

¹ Planiol et Ripert, *op. cit.*, p. 99 et ss., et également Nouveau code civil annoté, T. II, p. 63, note 1.

² Baudry et Barde, *op. cit.*, T. I, p. 21 ; Planiol et Ripert, *op. cit.*, p. 125.

³ Colin et Capitant, *op. cit.*, p. 30, no. 30, Baudry et Barde, *op. cit.*, T. I, no. 37, p. 56 et ss. Voir encore Bufnoir, *Propriété et contrat*, p. 473. Voir aussi sur cette question importante Gaudemet, *Théorie générale de l'obligation*, p. 43 et ss. ; Planiol et Ripert, *op. cit.*, p. 183, no. 159 et ss. ; Josserand, *Droit civil positif français*, T. II, 3me éd., p. 34.

⁴ Voir sur l'état de la jurisprudence française en cette matière, Planiol et Ripert, *op. cit.*, T. 6, p. 187, note 5, Josserand, *op. cit.*, p. 35, Baudry et Barde, *op. cit.*, p. 60, note 2.

que les juges du fond sont nécessairement investis en cette matière d'un pouvoir très étendu d'appréciation¹.

Jusque-là, le droit français semble avoir fait œuvre novatrice par rapport au droit romain. Cependant le cas de jurisprudence que nous allons analyser semble s'opposer à l'opinion dominante que nous venons de voir. Il s'agit du procès Lione contre Mongardino, jugé en 1810 par le Tribunal Civil de Turin :

« Ayant perdu un chien, le propriétaire de ce dernier fit insérer dans une annonce qu'il donnerait quatre louis à celui qui le lui ramènerait. Lione trouva le chien, le remit au domestique du propriétaire et réclama la récompense promise. Mongardino la refusa. Citation devant le juge de paix et jugement par lequel la demande de Lione est déclarée mal fondée, attendu que la promesse de quatre louis faite par Mongardino ne peut être envisagée que comme une simple pollicitation. » Mais l'instance d'appel réforma ces vues en s'exprimant ainsi : « Considérant que quoique, à rigoureusement parler, lors de la publication de la dite affiche, la promesse des quatre louis ne paraissait excéder les bornes d'une simple pollicitation, en tant qu'à la dite époque la promesse n'a pas été suivie de l'acceptation de la part d'aucun de ceux au profit de qui elle avait été faite, il n'en est pas ainsi, cependant, après que le chien a été retrouvé sans que d'ailleurs Mongardino eût avant, révoqué la promesse ; à défaut de cette révocation, Mongardino a toujours, par le fait de son silence, persévéré dans la volonté de sa promesse jusqu'au moment que le chien a été retrouvé, et c'est précisément dans ce moment que Lione, comme celui qui a trouvé le chien et qui

¹ Colin et Capitant, *op. cit.*, p. 31, T. II, no. 30, « La cour de cassation, qui considérait jusque là, qu'il s'agissait d'une question de fait ressortissant au pouvoir souverain des juges du fond, s'est prononcée en faveur du système de la réception dans un arrêt de la chambre des requêtes du 21 mars 1932. D. p. 1933, I, no. 65, note de M. Sallé de la marnière, S. 1932, I. 278 D. Voir aussi Planiol et Ripert, *op. cit.*, T. 6, no. 158, A. P. 187, surtout en note 5, p. 187 et 188, Valéry, *Des contrats par correspondance*, pour la critique de cet arrêt, Paris, 1895, p. 124 et ss. Sur l'arrêt en général voir également Req. 6 août 1867, D. p. 163, 135, 1er décembre 1875, D. p. 77, T. I, no. 541, 16 novembre 1910, D. p. 1912, T. I, no. 50, Req. 29 janvier 1923. D. p. 1923, T. I, no. 176 et ss., p. 1923, T. I, no. 168,

réclame les quatre louis « videtur promissum acceptare », agit. Dès lors, il n'est plus question de pollicitation, mais bien d'un vrai contrat qui oblige Mongardino à remplir sa promesse, qui doit être envisagée, non tant sous le rapport d'une donation proprement dite que sous le rapport d'un correspectif des soins et de l'attention qu'il était à présumer que l'on se devait donner pour que le chien perdu fût trouvé ; donc le refus de Mongardino de payer à Lione les quatre louis heurte non seulement tout principe de délicatesse, mais aussi les principes de justice et d'équité. Adopter, dans l'espèce, une jurisprudence contraire, ce serait favoriser la mauvaise foi, ce serait tromper le public et préjudicier même à l'intérêt des propriétaires ¹. »

Ce que nous reprochons à cette tendance, répétons-le une fois de plus est loin de toucher le problème du contrat entre absents sur lequel nous ne voulons pas préjuger. Nous lui faisons simplement le grief d'avoir omis un élément fondamental sans lequel il ne saurait être question de contrat. Il est superflu de rappeler que ce dernier est un acte voulu par les parties, or les faits montrent que Mongardino ne voulait pas proposer une telle conclusion, pas plus que Lione ne songeait, de son côté,

¹ Recueil général des lois et des arrêts, T. IX, an. 1811, 2^{me} partie, p. 39-40. Un autre arrêt cité par Laurent, op. cit., p. 544, celui de la cour d'appel de Bruxelles en date du 31 janvier 1828 s'exprime ainsi : « Un voyageur perd une valise qui contient 20.000 francs ; il fait des recherches, et celui-là même qui l'a trouvée nie l'avoir trouvée. Le propriétaire de la valise offre une récompense de Fr. 2.000 à celui qui la lui restituera ; alors seulement celui qui l'avait trouvée se décide à la rendre. On lui offre 200 francs qu'il refuse. La cour donna gain de cause au maître, par la raison que c'était le dol de l'inventeur qui l'avait forcé d'offrir une récompense aussi forte ; or, personne ne peut profiter de son dol ; par suite, l'offre était nulle à l'égard de celui qui l'avait provoquée par sa mauvaise foi. Deux autres arrêts belges aussi, analysés par Demogue, sont à citer ici. D'après le premier, si une somme fixée a été promise pour la découverte de valeurs enfouies, celui qui n'en trouve qu'une partie ne touche qu'une partie de la somme promise. D'après le second, la promesse de récompense peut être considérée comme retirée et la convention comme annulée, si le bénéficiaire a accepté qu'il en fût ainsi, Demogue, op. cit., T. II, p. 226, Répertoire Dalloz, jurisprudence générale, T. 33, obligations, Paris, 1860, p. 67, note 1 et 5.

à lier contrat. « L'activité d'autrui, a dit très justement Guihaire, se trouve bien sollicitée, mais elle n'est pas conviée à un contrat.¹ »

En outre, et c'est capital, cette manière de voir ne dispense pas la jurisprudence qui l'applique avec rigueur d'un inconvénient des plus graves et des plus injustes : les tribunaux français n'admettent que les prétentions de celui qui avait connaissance de la promesse². Il est bien évident qu'en refusant au tiers d'être récompensé, quand il est parvenu au résultat sans avoir connaissance de la promesse, et en obligeant, par contre, le promettant de s'acquitter à l'égard de celui qui a agi en considération de la récompense, la justice et l'équité ne sont pas satisfaites. Cette justice et cette équité qu'invoque le Tribunal de Turin, lui-même, pour soutenir la fragilité de son argumentation, pourquoi les néglige-t-on dans ce cas et laisse-t-on la solution contractuelle les écraser indûment ?

De son côté, la doctrine ne contredit pas la jurisprudence. Il faut encore faire remarquer qu'elle n'analyse pas la promesse de récompense en tant qu'institution spéciale. L'immense majorité des auteurs³ la regarde comme une offre publique d'un

¹ Guihaire, *op. cit.*, p. 231.

² Elias Randolphe, *Théorie de la force obligatoire de la volonté unilatérale*, thèse, Paris, 1909, p. 118. « Pour décider autrement, il faut reconnaître la validité de l'engagement par volonté unilatérale. » Planiol et Ripert, *op. cit.*, p. 12.

³ Laurent, *op. cit.*, T. 15, p. 544, no. 473, Huc, *Commentaire théorique et pratique du code civil*, T. 7, p. 27, Dalloz, *Précis de droit civil*, T. II, p. 17, 1926, Nouveau code civil, Paris, 1901-1905, T. II, p. 920, no. 15, Durma, *la notification de la volonté*, thèse, Paris, 1930, p. 115. Enfin, d'après le Président de la commission des travaux de réforme du code civil, 1947-1948, p. 140, « il est très douteux que la promesse de récompense possède à l'heure actuelle une valeur juridique, et si elle ne devient un acte juridique que du jour où elle est acceptée ». Aussi Beudant, *Cours de droit civil français*, 2me éd., 1936, T. 8, p. 55, no. 78. « La promesse de récompense est regardée comme liant celui qui l'a faite, comme acceptée tacitement par toute personne qui accomplit l'acte en connaissant la promesse. Voir aussi Jacques Martin de la Moutte, *L'acte juridique unilatéral*, thèse, Toulouse, 1951, p. 262-280, qui considère la promesse publique de récompense comme une offre de donation conditionnelle « le déclarant offre à l'individu qui remplira les conditions indiquées de lui procurer un avantage ».

caractère particulier. C'est une offre qui, d'après la pensée classique, présente la triple qualité suivante : elle est impuissante à créer aucune sorte d'obligation, sa durée est illimitée et sa révocation est permise n'importe quand avant l'acceptation¹. Planiol et Ripert² se sont néanmoins penchés d'une façon analytique sur l'institution en se servant évidemment de l'expression offre publique de récompense comme synonyme de promesse de récompense.

Cette offre comporte, selon eux, plusieurs catégories que les législations modernes ont le tort de ne pas avoir distinguées. Nous avons jugé intéressant de nous arrêter à cet ouvrage afin de voir comment ses auteurs ont tenté, à leur manière classique, d'arriver aux mêmes solutions qu'adoptent les législations modernes qui se basent sur l'engagement par volonté unilatérale. Voici d'ailleurs les trois sortes de promesse de récompense qu'il sied de distinguer :

1. Promesse à celui qui rendra un service à l'offrant. A propos de cette première catégorie, l'auteur s'attaque à certains cas importants, par exemple celui-ci : si la prestation a été faite par une personne qui ignore la promesse, cette personne a quand même droit à une récompense à titre d'indemnité³ dont le montant sera fixé par le juge, sur la base d'une gestion d'affaire ou d'un enrichissement sans cause. Autre exemple : le retrait régulièrement publié de la promesse n'est pas opposable à celui qui a connu cette dernière et rendu le service, si le promettant n'arrive pas à prouver que l'auteur de la prestation a également connu la révocation, car « en faisant une offre au public, on s'oblige envers n'importe qui, avec le risque de ne pouvoir joindre celui qui en a pris acte, pour lui faire connaître le retrait ». En corrélation avec ce principe, le tiers qui

¹ Bonnecase, Précis, op. cit., p. 272, T. II, Josserand, op. cit., T. II, 3me éd., p. 31, Baudry et Barde, op. cit., p. 44, no. 31, Planiol et Ripert, op. cit., p. 150, T. 6.

² Planiol et Ripert, op. cit., T. 6, p. 164, no. 143.

³ Cette fixation est la seule possible quand la promesse ne la précise pas. Elle rend compte de la valeur du service rendu.

a fait des frais en vue de la promesse a droit à une indemnité. « Si la révocation vient à être connue de lui, son cas est similaire à celui d'un mandataire ou locataire d'ouvrage, lorsque le donneur d'ordre met fin à l'exécution du contrat avant son achèvement. » Si le service a été rendu par plusieurs personnes indépendamment les unes des autres, la récompense ira à la première personne qui s'annonce. Cela doit être compris dans toute promesse de récompense, car « celui qui a promis une somme déterminée ne peut être considéré comme l'ayant promise à ceux qui le rendraient en double emploi ; et la personne qui a entrepris des recherches sans accord personnel avec le promettant a agi à ses risques. »

2. Promesse de récompense à celui qui réalisera un acte ou une œuvre difficile ou remarquable (performance sportive, découverte scientifique, etc.). A propos de cette seconde catégorie, les auteurs abordent la question des promesses relatives « où une récompense est promise à celui qui sera jugé le meilleur aux épreuves d'un concours ou sur appréciation d'un jury ». Dans ce cas, il faut que la promesse contienne, en particulier, des conditions de temps. A défaut, on les déduira de l'intention et du but poursuivis par le promettant. Les décisions du juge ou du jury sont sans appel, à condition, évidemment, que le règlement du concours ait été respecté, sous réserve du dol ou de la fraude, soit d'un concurrent, soit des juges ; dans ce dernier cas seulement, les décisions en question peuvent être attaquées. Quant à l'hypothèse dans laquelle la prestation serait accomplie par plusieurs, il semble que la solution ne doit pas être la même ici que dans la catégorie précédente. La récompense, cette fois, ira à celui qui effectue la prestation le premier et non à celui qui se fait connaître le premier. Toutefois le délai posé pour se faire connaître ne doit pas être échu et celui qui a effectué le fait le premier ne pourrait plus réclamer la récompense après l'expiration de ce délai en invoquant l'antériorité. En ce qui concerne l'accomplissement du fait demandé, dans l'ignorance de la promesse, la récompense doit être attribuée intégralement au tiers, vu que la valeur de la prestation n'est guère appréciable ici en argent.

3. Dans le cas de la promesse de récompense à celui qui prouvera l'inexactitude d'assertions du promettant (vertu curative d'un produit, etc.), Esmain affirme la validité des promesses dites négatives, non seulement dans les cas où, émanant d'un vendeur, elles peuvent être regardées comme une sorte de promesse de garantie sous forme de clause pénale, mais de façon générale. Dans les cas où les circonstances ne permettent pas aux tiers de considérer la promesse comme sérieuse, celle-ci constitue un simple « bluff », ainsi, quand elle émane d'un camelot. Esmain rejette, en outre, l'idée que ces promesses se ramènent au pari qui est dépourvu, on le sait, de toute sanction légale.

Cependant, si la jurisprudence et l'immense majorité de la doctrine ont choisi ce masque transparent pour couvrir l'obligation du promettant, née de toute évidence de sa seule volonté, cette évidence a trouvé quelques défenseurs. Ceux-ci, pour répondre aux exigences pratiques de notre société moderne, et aussi choqués par la discrimination injuste, qui résulte nécessairement de la solution française, ont essayé de remettre les choses à leur place. Ils ont adopté le principe d'une obligation découlant de l'engagement par volonté unilatérale qui permet de donner « ex lege » la récompense au bénéficiaire qui ignore la promesse. Toutefois, il faut souligner que cette tendance n'a pas avancé hardiment. Sauf quelques monographies dont les auteurs¹ ont certainement été inspirés par les codifications récentes, un nombre très minime d'écrivains l'ont adoptée.

Dans la 7^{me} édition de leurs cours élémentaires, Colin et Capitant² prenaient encore nettement parti pour l'engagement

¹ Costiner, *op. cit.*, p. 133, Talandier, *De l'engagement par volonté unilatérale*, thèse, Toulouse, 1912, p. 15 et ss., Mateesco, *op. cit.*, p. 204 et ss., Guilhaire et Worms. Voir encore Lacour et Bouteron, *Précis de droit commercial*, 3^{me} éd., T. I, p. 763, note 3.

² Colin et Capitant, 7^{me} éd., *op. cit.*, p. 272, 8^{me} éd., T. II, p. 29, no. 29; Capitant, *De la cause des obligations*, 2^{me} éd., 1924, Paris, p. 25, no. 5, où l'auteur prend nettement position en faveur de l'engagement unilatéral au sujet de la promesse de récompense. Aussi Gény, *op. cit.*, p. 164, qui ajoute que si le Tribunal de Turin a fondé son jugement sur un contrat tacite, d'autres juridictions n'ont pas hésité dans

par volonté unilatérale en la matière. Ils classaient l'institution qui nous occupe parmi les cas dans lesquels la volonté unilatérale est une source possible d'obligation. Ils parlaient même de l'injustice qu'on commet en refusant la récompense à celui qui l'ignore. Dans la dernière édition de leur ouvrage, cependant, ces mêmes Colin et Capitant n'ont pas repris le même langage, ils parlent en l'occurrence d'une offre publique en se demandant s'il faut y voir un acte unilatéral ou une proposition de contrat.

Quant à Demogue, on peut dire que sa préférence pour la conception nouvelle est une chose certaine. A la question qu'il pose lui-même en ce qui concerne la nature juridique de l'institution, voici sa propre réponse : « On pourrait y voir un contrat formé par l'acceptation tacite du tiers, mais la solution technique qui s'adapte le mieux aux règles pratiques semble plutôt être l'idée d'une obligation unilatérale. Cela concorde mieux avec cette idée que la promesse profite même à celui qui l'a ignorée lorsqu'il agissait. » ¹

Ainsi, il est entendu que tant que le code civil français n'est pas révisé, cas dans lequel la promesse sera certainement codifiée ², la lutte continuera entre les classiques, dignes émules du

d'autres espèces à reconnaître un droit directement issu d'une promesse. Voir Montpellier, 30 janvier 1893, Sirey, 94,2. 84, et tribunal de commerce de la Seine, 15 octobre 1893, publié dans la loi des 27 et 28 novembre 1893.

¹ Op. cit., p. 267, T. II.

² En effet, dans les travaux de la commission de réforme du code civil, 1948-1949, un article fut consacré à la promesse de récompense. Il est conçu de la manière suivante : L'auteur d'une offre publique de rémunérer une prestation ou un fait ne peut plus révoquer cette offre, lorsque la prestation ou le fait a été accompli. La révocation qui intervient antérieurement doit être fondée sur un juste motif et rendue publique dans la même forme que la promesse ou dans une forme équivalente. Elle laisse à la charge de son auteur l'obligation de rembourser jusqu'à concurrence du montant de la rémunération promise les frais faits par ceux qui, de bonne foi et avant la publication de la révocation, ont commencé l'exécution de la prestation ou du fait. Lorsque la prestation ou le fait visés dans la promesse ont été accomplis par plusieurs personnes, la première qui donne au promettant avis de l'exécution a seule droit au bénéfice de la promesse. Dans le compte rendu sur cet article (p. 680), celui-ci, d'après Mazeaud, un membre de la commission, est la codification de la jurisprudence sur la promesse de récompense.

droit romain, et les champions des théories nouvelles venant de l'autre côté du Rhin, les premiers défendant un passé qui n'est plus conforme aux besoins nouveaux, les derniers, guidés par ces mêmes besoins, suivant simplement le cours ordinaire des choses.

Nous dirons donc, en conclusion, qu'en droit français, la promesse de récompense ne lie son auteur que si elle a été acceptée par un tiers. Et dans ce cas, accepter, c'est accomplir la prestation demandée en connaissant la promesse. Toutefois, l'auteur classique qu'est Laurent admet une acceptation tacite de la part du futur créancier dès qu'il se trouve en état de commencer le travail. Il ne demande même pas un début d'exécution. Ce principe protège mieux le tiers qui fait des sacrifices de temps ou d'argent en cas de retrait de la promesse. Cela permet en outre de transmettre automatiquement l'obligation du promettant à ses héritiers et les droits du tiers aux siens. Mais Laurent a-t-il pensé aux conséquences de son opinion ? Nous ne le pensons pas et c'est pourquoi nous dirons avec De Page¹ : « La convention tacite d'acceptation d'offre révèle une analyse très poussée de la psychologie de la volonté, et apparaît à ce titre séduisante ; mais n'abuse-t-elle pas de l'explication trop facile de la volonté « tacite » qui n'est souvent qu'une hypothèse, un expédient, imaginé de toutes pièces, mais venant, à point nommé, au secours de l'interprète en mal d'explication. » « En général, on abuse des volontés tacites (consentement tacite, autorisation tacite, etc.). Elles ne peuvent être admises que si on est certain qu'en fait, il y a eu volonté ou autorisation, qu'on a seulement négligé d'exprimer. »

D'une façon plus générale nous dirons qu'un examen plus attentif de la situation en France nous révèle deux extrémités : D'un côté, les principes et les traditions juridiques restent généralement attachés au droit romain, dont ils constituent en quelque sorte le prolongement plus ou moins précis, et de l'autre, les besoins mouvants d'une société se développant sans cesse.

¹ Suivant De Page, *Traité élémentaire de droit civil belge*, Bruxelles, 1934, T. II, p. 450.

Au total, la pratique a consacré des coutumes nouvelles qui sont bien loin des principes. Déjà la promesse de récompense témoigne d'une façon saisissante de cette divergence. Mais, plus frappante encore est l'offre en général, traitée différemment par la théorie et par la pratique. Nous connaissons déjà le grand principe traditionnel : l'offre non acceptée n'oblige pas¹. Admettre cela sans autre, ce serait aller à l'encontre de la vie courante des affaires, si mouvementée, si riche en transactions. Encore faut-il constater la facilité croissante des moyens de communications, des relations sociales, etc. Ces circonstances nécessitent des atténuations à la rigueur des principes². L'idée et son application sont simples, mais sa justification l'était moins. Au lieu de prendre le chemin le plus court, celui du BGB³ et du CO⁴, qui attribuent directement à l'offre une vertu propre et obligatoire, ce qui n'exclut pas la manifestation unilatérale de volonté, comme source possible d'obligation, certains auteurs français cherchent à justifier leur théorie en ménageant le fond de leurs principes traditionnels. Ainsi, on a dit qu'une offre lorsqu'elle est accompagnée d'un délai d'option, oblige incontestablement son auteur à ne pas la retirer jusqu'à l'expiration du délai. Cela est conforme à la vérité, mais comment cette théorie se justifie-t-elle juridiquement parlant ? Tentant d'apporter des arguments en fa-

¹ Boudant, *op. cit.*, p. 52, no. 72, Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, 6^{me} éd., 1942, T. 4, p. 426, Lacour et Bouteron, *op. cit.*, T. I, p. 564, Savatier, *Cours de droit civil*, T. II, Paris, 1944, p. 55, Laurent, *op. cit.*, p. 545, no. 475.

² Voir sur ce sujet Josserand, *op. cit.*, p. 32, T. II.

³ Paragraphe 145 : Celui qui propose à un autre de conclure un contrat est tenu par l'offre, sauf s'il a exclu ce lien.

⁴ Arts. 3 et 5 : « Toute personne qui propose à une autre la conclusion d'un contrat en lui fixant un délai pour accepter, est liée par son offre jusqu'à l'expiration de ce délai. » « Lorsque l'offre a été faite sans fixation de délai à une personne non présente, l'auteur de l'offre reste lié jusqu'au moment où il peut s'attendre à l'arrivée d'une réponse expédiée à temps et régulièrement. Si l'acceptation expédiée à temps parvient tardivement à l'auteur de l'offre, et que celui-ci entende ne pas être lié, il doit en informer immédiatement l'acceptant. »

veur de ce principe, Demolombe enseigne que¹ : L'offre avec délai contient outre la proposition principale, une proposition secondaire, celle-ci étant tout à l'avantage du destinataire, puisque seul l'offrant s'oblige à ne pas retirer son offre pendant le délai, mais que le destinataire, lui, est toujours libre de rejeter la proposition principale sur le marché à conclure. L'offre est réputée acceptée dès qu'elle parvient à destination. L'offrant s'engage alors à maintenir son offre en vertu d'un contrat ou plus exactement d'un avant-contrat.

Ensuite on a passé à l'offre non accompagnée de délai. On a dit alors que ce dernier est ici implicite. Toute offre est censée contenir un temps normal nécessaire au destinataire pour étudier la proposition et donner sa réponse. Or, si les législateurs modernes, le BGB et le CO en tête, montrent qu'on s'est incliné devant les exigences de la pratique, en France, toutefois, un divorce sensible² sépare le droit positif vieillissant et la pratique de caractère évolutif qui ressemble à ses sœurs suisse et germanique.³

C. *La promesse de récompense dans le code civil allemand (en abrégé BGB).*

Il ne nous appartient pas ici de faire l'historique de cette gigantesque œuvre législative qui est comme la synthèse de tout le mouvement juridique de la science allemande du XIX^{me}

¹ Demolombe, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, Paris, 1868, T. I, p. 61, no. 65, voir aussi Bufnoir, *Propriété et contrat*, p. 480, comparer Toullier, *op. cit.*, T. 6, no. 39, Larombière, *op. cit.*, T. I, p. 12, no. 14. Pour Demogue, *op. cit.*, T. I, p. 55, cette théorie s'applique seulement aux offres à des personnes indéterminées. Une autre explication se fonde sur la faute, voir Pothier, *op. cit.*, p. 25, T. III, no. 32.

² Voir de la Motte, *op. cit.*, p. 250.

³ Se sont prononcés en faveur de la conception unilatérale : Worms, *op. cit.*, p. 175, Baudry et Barde, *op. cit.*, T. I, no. 33, p. 52, Huc, T. 7, no. 12 et ss., p. 22-24, Savatier, *op. cit.*, T. II, p. 50, Gaudemet, *op. cit.*, p. 37, Demogue, *op. cit.*, T. II, no. 553, p. 163, Lyon-Caen et Renault, *Manuel de droit commercial*, 15^{me} éd., T. III, no. 15, De Page, *op. cit.*, T. II, p. 452.

siècle¹. Ce que nous voudrions seulement souligner, c'est que le BGB a ses racines, lui aussi, tout au moins dans le domaine des obligations, dans les institutions romaines qui purent résister longtemps à l'épreuve et furent ensuite minutieusement examinées, purifiées et modernisées par les jurisconsultes allemands de l'école romaniste².

Au sujet de la promesse de récompense, le BGB, nous l'avons déjà dit, a le mérite d'avoir su répondre aux vœux de la pratique. Il procéda, le premier d'ailleurs³, par une réglementation précise et détaillée⁴ de l'institution, à une codification qui devait servir plus tard de modèle à d'autres législations. Il y a donc grand intérêt à transcrire ici les dispositions légales concernant cette réglementation, à en souligner l'orientation générale, quitte à y revenir chaque fois que cela paraîtra utile à notre exposé systématique qui suit.

¹ Voir Raoul de la Grasserie, projet de code civil allemand, Paris, 1893, introduction, p. 5-7, code civil allemand, traduction de Meulenaere, Paris, 1897, introduction, p. 1, code civil allemand, traduction officielle, T. I, Paris, 1904, introduction, p. 1. Nous citons les paragraphes du BGB d'après cette traduction.

² Dans leur excellent ouvrage, *Traité de droit comparé*, Paris, 1950, T. II, p. 246, MM. Arminjon, Nolde et Wolf écrivent ceci à cet égard : « Le BGB n'est pas un code innovateur, mais un code conservateur. Il contient peu de solutions nouvelles. Ses règles ont déjà fait leur preuve. Ce sont pour la plupart celles du droit romain, tel qu'il s'est développé au cours du moyen-âge, en Italie, et depuis le XVI^e siècle, en Allemagne et tel qu'il a été perfectionné, notamment au XIX^e siècle par la doctrine et la jurisprudence du droit commun. Aucun des autres droits en vigueur en Europe n'a été pendant un siècle étudié et fouillé avec le même soin incessant que ce droit commun allemand d'origine romaine. », voir aussi, Saleilles, *Etude*, op. cit., p. 2, 1890.

³ Il faut noter, à ce sujet, que l'Allemagne est le berceau de toute codification à ce propos. Voir le *Landrecht* prussien, art. 993, le code civil saxon, art. 771 ; aussi Costiner, op. cit., p. 16.

⁴ Selon sa ligne générale de conduite qui s'oppose à celle du code civil suisse et du CO dont la concision est le caractère le plus marquant. Notons à ce propos qu'après la promulgation des codes suisses, certaines voix se sont élevées en Allemagne même, demandant l'abrogation du BGB en faveur des codes suisses. Cf. *Traité de droit comparé*, Arminjon, Nolde et Wolf, p. 417 et 399, T. II.

Le paragraphe 657 pose le principe général de la promesse de récompense. Il est rédigé de la façon suivante :

« Quiconque, par annonce publique, alloue une prime pour l'accomplissement d'un fait, spécialement pour l'obtention d'un résultat, est obligé d'acquitter la récompense à celui qui a accompli le fait, alors même que celui-ci n'aurait pas agi en considération de la promesse de récompense. » Ce paragraphe, il faut le dire, est le plus complet. Le principe nouveau et audacieux qu'il contient a dû rendre sa construction laborieuse, quand on songe à la diversité¹ des coutumes et législations germaniques qui existaient avant le code fédéral. Avant 1873, en effet, date de l'œuvre de Siegel à qui on attribue la paternité de l'engagement par la seule volonté², on basait, en Allemagne également, l'engagement résultant de la promesse de récompense sur la théorie traditionnelle de l'offre³ de contracter à une personne indéterminée, bien que ce point de vue ne ralliât pas tous les avis autour de lui⁴. Et c'est dans ce sens qu'on interprétait les différentes dispositions des droits locaux prévoyant la promesse. Il est capital de noter à ce propos que le droit de révoquer qui est, apparemment, aux antipodes de la thèse nouvelle, doit son origine aux dispositions antérieures au BGB. Celui-ci n'a pu ignorer cette règle, considérée comme établie, à laquelle il a fait place dans le paragraphe suivant. Enfin, il allait sans dire que l'ignorance de la promesse empêchait le tiers de toucher la prime promise. Mais Siegel par une argumentation subtile et nouvelle allait bouleverser ces vues, et en tant que brillant représentant des traditions germaniques en matière d'engagement par la seule volonté, il fut suivi par

¹ Voir à ce sujet Lehr, *Traité élémentaire de droit civil germanique*, Paris, 1892, T. I, p. 24-50, et le code civil allemand, traduction Meulenaere, op. cit., p. 2 et 3.

² Cette thèse fut pour la première fois présentée, en 1854, comme source unique de l'obligation née de la promesse de récompense dans un congrès scientifique tenu à Giessen, Hesse-Darmstad. Cf. Guihaire, op. cit., p. 1.

³ BGB, traduction officielle, op. cit., p. 187, Elias, op. cit., p. 119.

⁴ Le code civil allemand, trad. officielle, op. cit., T. II, p. 186 et ss., en note, titre IX, aussi Costiner, op. cit., p. 112.

nombre d'auteurs. Après avoir fait sa fameuse distinction¹, entre l'obligation de « tenir » sa parole et celle « d'exécuter » la prestation, Siegel a dit : « dans la promesse de récompense publique il y a un engagement unilatéral qui oblige son auteur, non seulement de se tenir à sa parole, mais encore d'exécuter la prestation »². Cette distinction de Siegel lui a valu un renom universel surtout dans le domaine de l'irrévocabilité de l'offre à laquelle il a voulu assimiler, à tort, la promesse de récompense qui n'a rien à voir avec elle. Quoi qu'on puisse dire de l'œuvre de Siegel, il n'en reste pas moins vrai qu'elle a amené des nouvelles idées dans le domaine de la déclaration de volonté.

Revenons maintenant au législateur de 1896. Il avait à choisir³ entre deux théories opposées : d'un côté celle de l'offre et de l'autre celle de l'engagement unilatéral que la pratique vit d'ailleurs triompher⁴. Il faut dire d'emblée que le dit triomphe est dû à la souplesse de la théorie en question. C'est un nouveau moule qui renferme les besoins mouvants de la vie

¹ Demogue, *Traité des obligations*, T. I, p. 53, aussi Saleilles, *op. cit.*, 1890, *Etude*, p. 142, Costiner, *op. cit.*, p. 107, d'après lequel le premier engagement a pour objet une abstention : ne pas révoquer pendant un certain délai. Le second a pour objet l'accomplissement de la prestation qui équivaut à une dette. Il est fondé « là où nous trouvons le devoir en face de l'avoir, l'obligation au sens romain ». Valéry, *op. cit.*, p. 167, s'exprime ainsi : « Faire une proposition sans donner à celui qui la reçoit la certitude qu'il jouira d'un certain délai suffisant pour l'examiner et se prononcer, serait contraire aux exigences de la pratique et à l'intention vraisemblable des parties. » Voir également De Page, *op. cit.*, p. 448, T. II.

² D'après Anna Goldberg, *op. cit.*, p. 14.

³ « Le projet du BGB, nous dit Saleilles, *Etude*, *op. cit.*, p. 145, avait à choisir entre deux théories : celle de l'offre de contrat adressée à tout le monde et celle qui la traitait comme une pollicitation obligatoire par elle-même. L'intérêt existait surtout au point de vue des facilités de révocation. Le projet y voit une pollicitation obligatoire, mais sur la question de la révocation admet une sorte de système mixte. Il part de cette idée que le promettant n'est obligé que dans la mesure où il a voulu l'être et qu'il est censé n'avoir voulu l'être qu'autant que cela est nécessaire pour donner crédit à sa promesse. Or l'irrévocabilité de la promesse n'est nécessaire d'après le projet, du moins, que pour le cas où il y a réalisation du fait en vue duquel la récompense a été promise. »

⁴ BGB, trad. officielle, *op. cit.*, p. 187, en note.

moderne. Le principe de l'engagement unilatéral cherche à combler, pour le moins, l'inéquité qui ressortait du droit français. Désormais, toute personne qui arrivera à obtenir le résultat, ayant ou non connaissance de la promesse aura droit à la récompense¹. Ainsi le code donne une sanction complète de la seule promesse. Bien plus, le code n'exige pas d'acceptation, tant pour l'obligation, que pour le droit de créance². Le premier projet dont les propositions ont passé dans le code, rejette cette théorie d'engagement par la seule volonté comme source générale d'obligation³, mais il l'a cependant admise dans des cas précis. Suivant cette ligne de conduite, le législateur de 1896, en la consacrant en matière de fondation⁴, fut amené à donner pour la promesse de récompense une solution similaire. Le projet est parti, peut-être à bon droit, d'un élément commun aux deux institutions : l'affectation de biens à des fins plus ou moins semblables. Une certaine assimilation⁵ entre ces deux constructions juridiques peut, en effet, être concédée. Mais Saleilles est allé dans ce sens jusqu'à appeler la promesse une « fondation temporaire »⁶, ce qui constitue par définition, une contradiction dans le terme. Car sous le nom de fondation, on entend l'affectation d'un patrimoine à la réalisation d'un certain but permanent⁷.

¹ Talandier, *op. cit.*, p. 110, c'est même pour le cas où le tiers ignore la promesse qu'il y a intérêt à dire que l'engagement du promettant résulte d'une déclaration unilatérale de volonté, Saleilles, *op. cit.*, p. 145.

² Voir Bulletin de la société de législation comparée, p. 584, note 3, T. 18, 1888-1889.

³ Voir Saleilles, Bulletin de la société de législation comparée, T. 18, 1888-1889, p. 585.

⁴ Idem, Bufnoir, p. 152, aussi Saleilles, *Etude*, *op. cit.*, p. 144.

⁵ Anna Goldberg, *op. cit.*, p. 94-95.

⁶ Bulletin, *op. cit.*, p. 632, en note.

⁷ Idem, Bufnoir, p. 151 : L'affinité des deux institutions, promesse de récompense et fondation, a été ainsi évoquée par Ihering : La fondation n'est pas autre chose que la destination d'un capital ou d'une propriété « in incertam personam ». Toute la différence se réduirait à ce que la récompense se consume en une fois, tandis que la fondation se répète. Un concours à prix unique est une promesse de récompense, un fonds destiné à une distribution de prix est une fondation. D'après Anna Goldberg, *op. cit.*, p. 95.

Les éléments caractéristiques énoncés dans le paragraphe 657 ne doivent pas nous retenir ici, car nous aurons à les examiner plus tard. Par contre, il sied de s'arrêter quelque peu sur un élément accessoire : celui de l'annulation de la promesse de récompense entachée d'un vice du consentement¹. C'est d'autant plus utile que le CO ne connaît pas la distinction faite par le BGB² entre les déclarations de volonté s'adressant à une partie et celles qui ne s'adressent à personne. Mais le BGB tout en établissant ces deux catégories de manifestations de volonté ne s'est pas occupé de réglementer à part l'annulation des

¹ Le promettant a été victime d'une erreur ou d'un dol ou, enfin, sa déclaration fut émise sous l'empire de la violence. Pour qu'ils permettent l'annulation, il faut que ces vices influencent la volonté en agissant sur elle.

² Aux dires de Saleilles, *De la déclaration de volonté*, Paris, 1929, p. 7, cette distinction est une des plus importantes du BGB ; son sens est facile à saisir quoique la terminologie même en Allemagne soit encore loin d'être fixée. Il est clair que la plupart des déclarations de volonté visent un intéressé auquel elles doivent s'adresser. Il en est ainsi non seulement des déclarations destinées à un accord de volontés, mais également de la plupart des déclarations unilatérales : congé, révocation, ratification, etc., cas dans lesquels il s'agit de la part de celui à qui la déclaration s'adresse d'une réception et prise de connaissance de la déclaration et non d'une acceptation puisqu'il ne s'agit pas de contrat. Voir à ce propos Laurent L'Huillier, *La notion du droit formateur en droit privé suisse*, Thèse, Genève, 1937, p. 117, et aussi Von Tuhr, *op. cit.*, p. 22, qui préfère l'expression déclarations de volonté qui exigent réception et celles qui n'exigent pas réception. Quant à la terminologie à employer, on admet généralement celle proposée par Zitelmann, de déclaration impliquant réception et déclaration n'impliquant pas réception, bien que le BGB, au lieu de se placer à ce point de vue passif, ait préféré parler de déclaration que l'on ait à adresser à un tiers et de celle qu'on ait à adresser à personne ; les unes étant « in personam », les autres « in rem ». Voir aussi l'exposé de cette question chez Durma, *op. cit.*, Martin de la Motte, *L'acte juridique unilatéral*, thèse, Toulouse, 1951, p. 175 et ss. Surtout à propos de la distinction quant au critère qu'il faut adopter pour distinguer les actes unilatéraux réceptices ou non réceptices, p. 178, voir la critique de cette distinction dans Chabas, *op. cit.*, p. 18, et aussi chez Laurent L'Huillier, *op. cit.*, p. 118 et ss., pour lequel cette classification ne présente que peu d'intérêt car le droit suisse ne la contient pas et à laquelle il préfère une classification de déclarations en raison du genre de la personne à qui s'adresse la déclaration : personne privée déterminée, autorité déterminée et personne indéterminée, p. 120 et 121.

dernières. Il y a là une lacune sensible à combler¹. L'annulation en droit allemand² s'opère tout comme en droit suisse³ au moyen d'une déclaration unilatérale de volonté qu'adresse la victime à la partie adverse. Et la difficulté tient au fait que dans les déclarations ne s'adressant à personne, régies par l'alinéa IV du paragraphe 143, « est partie adverse à l'annulation, toute personne qui sur le fondement de cet acte eût retiré directement un avantage juridique. » Mais pour la promesse de récompense cette partie adverse n'est parfois pas encore déterminée lorsque le promettant veut procéder à l'annulation. Dans d'autres cas, bien qu'elle le soit, la voie de cette procédure se trouve hérissée de difficultés. Avant l'exécution de la prestation, le bénéficiaire ne pouvant être encore désigné, il n'y a pas de partie adverse.

D'une façon générale, à qui l'annulation doit-elle s'adresser ? Il arrive que le promettant soit très attaché à la réalisation de la promesse et qu'il renonce à son retrait. Au bout d'un certain temps, cependant, il découvre que sa promesse était viciée. La question qui se pose alors est celle de savoir comment rétablir cette situation embarrassante. Il est juste et raisonnable de permettre au promettant d'annuler publiquement sa promesse. Au fond, l'annulation n'est qu'une révocation de la volonté antérieure. Il sera nécessaire, pour que cette annulation soit valable, qu'elle soit faite dans les mêmes formes que la publication. Si un tiers avait accompli la prestation et retiré par là

¹ Voir sur ce sujet Saleilles, *Déclaration*, op. cit., p. 38 et ss.

² Voir Bulletin de la société de législation comparée, Bufnoir, op. cit., p. 159, l'art. 143, al. 1er du BGB : L'annulation s'opère par voie de déclaration adressée à la partie adverse à l'annulation. Aussi Saleilles, *Déclaration*, 1929, p. 360, et la critique de ce système dans Baudry et Barde, op. cit., T. III, no. 1935, p. 280 et ss.

³ Voir Funk, op. cit., p. 27, aussi l'art. 31 du CO dont voici le texte : Le contrat entaché d'erreur ou de dol, ou conclu sous l'empire d'une crainte fondée, est tenu pour ratifié, lorsque la partie qu'il n'oblige point a laissé s'écouler une année sans déclarer à l'autre sa résolution de ne pas le maintenir, ou sans répéter ce qu'elle a payé.

un avantage juridique, il se trouve évidemment déterminé, cependant, il y aura dans ce cas une difficulté. En effet, certaines prestations peuvent être effectuées indéfiniment. Faut-il annuler la promesse à l'égard de tous les éventuels bénéficiaires ou seulement à l'égard de celui qui réclame la récompense ? Il semble que les deux solutions soient possibles. Tout dépend de la volonté du promettant qu'une interprétation précise¹ définira dans le doute. Mais il est peut-être préférable d'admettre ici encore une annulation publique, ce qui reflète le plus souvent la volonté du promettant de rompre complètement avec une promesse affectée d'un vice.

Continuons maintenant la reproduction des autres paragraphes du BGB :

Paragraphe 658 :

« La promesse de récompense peut être révoquée jusqu'à l'accomplissement du fait. La révocation n'est efficace que si elle est rendue publique de la même manière que la promesse ou si elle s'effectue par communication particulière. On peut dans la promesse de récompense renoncer à la révocabilité ; toute fixation d'un délai pour l'accomplissement d'un fait implique dans le doute renonciation. »

Le législateur n'a pas décidé l'irrévocabilité de la promesse que certains² considèrent comme conséquence nécessaire de l'engagement unilatéral, d'où la réserve de ce paragraphe. A cet égard,

¹ Cette interprétation sera inutile lorsqu'on se trouve en face des cas où l'acte ne peut être maintenu sans la partie frappée de nullité, art. 20 du CO, al. 2. (Si le contrat n'est vicié que dans certaines de ses clauses, ces clauses sont seules frappées de nullité, à moins qu'il n'y ait lieu d'admettre que le contrat n'aurait pas été conclu sans elles.) Cf. aussi paragraphe 139 du BGB, traduction officielle, op. cit., p. 156 et ss., T. I.

² Suivant Guihaire, op. cit., p. 235, l'irrévocabilité constitue le meilleur de la théorie de l'engagement par volonté unilatérale et l'auteur ajoute qu'il serait bien difficile de donner à la révocabilité une bonne raison.

Sailleilles¹ s'est fait l'interprète et le défenseur du point de vue du législateur. Toutefois, il faut avouer que la révocabilité ébranle la confiance publique en la promesse et risquerait de susciter l'indifférence générale à son égard. Mais le législateur a incliné à la révocabilité d'abord à cause de la pratique, puis en vertu des motifs historiques. Il n'a pas oublié cependant de lui apporter un correctif pertinent : la correspondance des formes avec la promesse.

Au deuxième alinéa, la révocation se trouve tempérée : on peut renoncer à révoquer et par là, la volonté de s'obliger trouve sa pleine signification.

Voici, maintenant, le texte des paragraphes 659 à 661 :

Paragraphe 659 :

Lorsque le fait pour lequel la récompense a été allouée a été accompli plusieurs fois, la récompense appartient à celui qui a accompli le fait le premier. Lorsque le fait a été accompli par plusieurs au même moment, il revient à chacun une partie égale de la récompense. Lorsque la récompense est de telle nature qu'elle ne puisse être divisée ou si, d'après la teneur de la promesse de récompense, elle ne doit être attribuée qu'à un seul, le sort en décide.

¹ Voici ce qu'il dit dans le Bulletin de la société de législation comparée, op. cit., p. 631 et ss. « On peut se demander pourquoi le projet du BGB a cru devoir faire dépendre l'irrévocabilité de l'achèvement du fait. Théoriquement, sans doute, parce qu'un engagement même par déclaration unilatérale exige au moins pour être obligatoire quelqu'un à qui il s'adresse en particulier, et que tant qu'il ne peut s'appliquer à personne, il n'oblige personne. Il est vrai que la détermination du sujet se fût trouvée acquise du jour où quelqu'un se fût mis à l'œuvre sur la foi de la promesse ; mais alors pratiquement ce moment exact devenait impossible à déterminer, et c'est pourquoi le projet suppose que le pollicitant n'a entendu n'être engagé qu'au jour de l'achèvement de l'œuvre qu'il a en vue ; étant donné cette présomption de la volonté en vertu de laquelle on subordonne à cette condition préalable l'existence de l'engagement, il résulte de là que celui qui se met à l'œuvre aurait beau faire savoir ses intentions au pollicitant, celui-ci pourrait encore révoquer, tant que l'autre n'eût pas achevé l'entreprise ; tandis qu'avec la théorie d'une offre suivie d'acceptation, dans tous les systèmes, l'acceptation dans l'espèce que nous supposons, aurait été acquise et le contrat formé définitivement.

Paragraphe 660 :

Lorsque plusieurs personnes ont coopéré au résultat pour lequel la récompense est allouée, le promettant est tenu de partager la récompense entre elles d'après une appréciation équitable, basée sur la participation de chacune dans le résultat. Le partage n'est pas obligatoire s'il est ouvertement contraire à l'équité ; en pareil cas, il s'effectue par jugement. Lorsque le partage opéré par le promettant n'est pas reconnu comme obligatoire de la part de l'un des intéressés, le promettant est en droit de refuser l'exécution jusqu'à ce que les intéressés aient réglé entre eux le différend sur leurs droits ; chacun d'eux peut exiger que la récompense soit consignée pour tous. Est applicable la disposition de l'article 659, al. 2, paragraphe 2.

Paragraphe 661 :

Toute récompense destinée à servir de prix à un concours par voie de candidature n'est valable que si, dans l'annonce, un délai pour le concours a été établi. La décision sur le point de savoir si une candidature survenue dans le délai déterminé répond à la promesse de récompense, ou laquelle de plusieurs candidatures mérite la préférence, doit être rendue par la personne désignée dans la promesse de récompense et, à défaut de pareille désignation, par le promettant. La décision est obligatoire pour les intéressés. Au cas de candidats de mérite égal, sont applicables au partage du prix, les dispositions de l'article 659, alinéa 2. Le promettant ne peut exiger le transfert de la propriété relativement à l'œuvre qui a été faite, que s'il a établi dans la promesse que ce transfert devrait être effectué.

CHAPITRE I

Les conditions de la promesse de récompense

Première section

La promesse

Définition

La promesse proprement dite, c'est la déclaration¹ publique de volonté² du promettant, autrement dit, un acte par lequel

¹ Certains auteurs préfèrent d'autres terminologies : Manifestation de volonté, Saleilles, Déclaration, op. cit., p. 2 ; notification de volonté, Durma, op. cit., p. 75-77. Etant donné que le terme de déclaration de volonté est plus usité et que l'emploi d'une expression dépend principalement de sa vulgarisation, il nous semble qu'il est préférable de la maintenir. D'ailleurs, l'intérêt de toute discussion à ce sujet nous paraît plutôt académique et nous croyons qu'il vaut mieux considérer tous ces termes comme des synonymes.

² Cette manifestation ou extériorisation est nécessaire pour la volonté qui tend à produire des effets juridiques. Ihering, op. cit., T. III, p. 159, Demogue, op. cit., T. 2, no. 1540, Larombière, op. cit., T. I, p. 11, Demolombe, op. cit., T. 24, p. 55, Von Tuhr, op. cit., p. 135, Baudry-L. et Barde, op. cit., T. I, p. 72, Saleilles, Déclaration, p. 1, Bufnoir, Propriété et contrat, p. 465, et encore le BGB, traduction officielle, op. cit., T. I, p. 118. Cependant, le rôle que joue cette extériorisation nécessaire a soulevé de vives controverses. Sans vouloir entrer dans les détails, nous soulignons simplement qu'il y a là deux tendances opposées : pour certains auteurs, la manifestation ne serait qu'un simple signe extérieur destiné à prouver la volition interne, Savigny, op. cit., T. III, p. 258, Gény, Science et technique, T. III, p. 103, tandis que pour d'autres elle est quelque chose de plus et constitue une partie intégrante de la volonté juridique, voir Saleilles, Déclaration, p. 2, Demogue, op. cit., T. II, p. 129, no. 539.

ce dernier manifeste¹ publiquement, extériorise, une volonté juridique de s'engager à récompenser celui ou ceux qui accompliront une prestation déterminée, ou plus précisément qui exécuteront la ou les prestations exigées par la dite déclaration.

De cette manifestation de volonté juridique, il est intéressant de dégager quelques aspects importants.

Il faut souligner tout d'abord qu'elle n'est pas obligatoire ou n'a d'effet que si le résultat voulu est parfaitement accompli. Avant son achèvement, la promesse est librement révocable, à condition que son irrévocabilité ne soit pas prévue dans la publication. En droit suisse, c'est l'alinéa 2 de l'article 8 du CO qui le permet. En droit suisse, nous le verrons, cette révocabilité n'est heureusement pas gratuite : elle peut coûter au promettant des dommages-intérêts allant jusqu'à concurrence de ce qu'il avait promis.

Vices du consentement

Cette promesse, comme toute autre déclaration de volonté d'ailleurs, peut être atteinte d'un vice qui permet au promettant de ne pas être lié par elle dès son émission. Dans ce cas, il n'est pas particulièrement avantageux au promettant de recourir à la révocation². Ce serait en outre injuste de l'obliger à le faire puisqu'il devrait alors des dommages-intérêts. Dans ce cas, il n'est pas facile de voir comment procéder. Dans les actes juridiques ordinaires cette procédure est simple : la victime d'un vice du consentement déclare à l'autre partie sa résolution de ne pas maintenir l'acte vicié. Mais pour la promesse, cette autre partie n'existe pas avant la réalisation de la prestation ; et

¹ La volonté étant un élément psychologique interne, elle ne deviendra perceptible à autrui que par sa déclaration. Il faut dire que cette volition interne est la base de tout effet de droit, l'élément fondamental de toute déclaration de volonté. Voir Demogue, *op. cit.*, T. II, p. 131.

² Parce que pour être efficace, il faut que la révocation intervienne avant l'accomplissement du fait prévu.

comme le CO ne dit pas à qui l'annulation doit s'adresser¹, nous croyons utile d'admettre ici une annulation publique. Seulement il faut bien retenir ceci : cette solution est imposée par la nécessité et tout ce qui s'impose par celle-ci ne doit pas dépasser ses limites. Aussi le promettant doit-il procéder à une telle annulation dès qu'il s'aperçoit de son erreur ou d'autres vices du consentement. Autrement dit, il ne doit pas jouir dans ce cas des délais prévus à cette fin. Cette manière de voir tient lieu d'une sorte de compromis entre la protection du promettant et la bonne foi publique. Il est évident que si le promettant avait le droit d'annuler sa promesse dans un délai d'un an après la découverte du vice, il pourrait en profiter et attendre jusqu'à ce que la prestation soit effectuée. Ce point de vue trouve d'ailleurs son écho dans l'art. 25 du CO². Pour le reste, les principes du droit commun sont applicables ici. Il faut cependant souligner qu'en ce qui concerne l'erreur, le droit d'annuler la promesse est également donné à l'auteur de celle-ci bien que cette erreur soit seulement imputable à la personne chargée de la publication. C'est le BGB qui est le premier à avoir tranché cette question de l'erreur dans la transmission de la volonté³. La publication est faite, en effet, au nom de l'auteur⁴ et non au nom de l'imprimeur d'où l'obligation pour le premier de contrôler le texte de la publication imprimée. Mais cela ne devrait porter aucun préjudice au droit qu'il pourrait faire valoir contre l'imprimeur en cas de faute professionnelle. Une autre remarque concernant le dol : celui-ci a en principe un caractère

¹ Von Tuhr, p. 274 : « L'invalidation de l'art. 31 est une déclaration de volonté qui exige réception. La loi ne dit pas (contrairement au BGB, paragraphe 143) à qui cette déclaration doit s'adresser. » Voir également Funk, op. cit., p. 27.

² « La partie qui est victime d'une erreur ne peut s'en prévaloir d'une façon contraire aux règles de la bonne foi. » Art. 25, al. 1, CO.

³ Von Tuhr, op. cit., p. 138 et 256, travaux de la commission de réforme du CC français.

⁴ Von Tuhr, op. cit., p. 138.

personnel¹, c'est-à-dire qu'il devrait émaner de l'autre partie. Mais pour la promesse de récompense, le dol émanant d'un tiers constitue un vice du consentement.

A l'encontre des droits suisse et allemand, l'annulation en droit français, se fait par voie d'action² en nullité ; le cas d'un commun accord est évidemment toujours possible. Il est donc manifeste qu'un procès est nécessaire à cette fin ; et dès lors, les difficultés déjà rencontrées se présentent à nouveau : l'action en nullité nécessite, comme toute autre action judiciaire, un adversaire déterminé à qui elle va s'adresser. Or, nous avons vu que ce dernier peut rester longtemps indéterminé, aussi longtemps que la prestation n'est pas obtenue, et surtout aussi longtemps que celle-ci n'est pas présentée au promettant. D'autre part, cette action doit être introduite dans un délai fixé par la loi. Passé ce délai, le promettant sera forclos. Autrement dit, il court le risque de voir son action prescrite avant qu'un adversaire se soit individualisé. Cette situation fâcheuse est une conséquence de la promesse qui, par sa nature même, s'adresse

¹ Von Tuhr, *op. cit.*, p. 267, art. 23, CO, 123, BGB, 1116, CCF, et sur l'origine de cette exigence et les critiques, Planiol et Ripert, *op. cit.*, T. VI, no. 204, p. 245 ; Demogue, *op. cit.*, no. 353, Bufnoir, *op. cit.*, p. 613, Saleilles, *Déclarations*, no. 16, Aubry et Rau, *op. cit.*, T. IV, note 26 et 343 bis, Capitant, *Introduction à l'étude du droit civil*, no. 253, Baudry-L. et Barde, T. I, no. 109 et ss., p. 150 et ss., Laurent, *op. cit.*, T. I, p. 598, selon Von Tuhr, *op. cit.*, p. 253, « dans les déclarations qui n'exigent pas réception, comme il n'y a pas de partie adverse, la personne de l'auteur du dol est indifférente ».

² Planiol, *Traité élémentaire*, *op. cit.*, T. II, 3me éd., p. 114 : « quand le consentement est vicié, le contrat ou l'acte juridique se forme néanmoins, il existe et il produit ses effets. Mais la partie lésée a le droit de faire annuler l'acte qu'elle a fait, elle possède à cet effet une action en justice, à la suite de laquelle le tribunal annulera l'acte, si la preuve est apportée dans les conditions voulues. » Aussi Gaudemet, *op. cit.*, p. 143, sur l'origine romaine de cette action, voir : Code civil annoté, *op. cit.*, T. III, p. 278, paragraphe 1, *Traité de droit comparé*, *op. cit.*, T. II, p. 291. Sur la supériorité du système allemand. Planiol et Ripert, *op. cit.*, T. 6, p. 381, no. 298, sur les inconvénients du système français comparé au système allemand.

à un cercle indéterminé de personnes. Il existe dans le droit français une disposition qui règle cette question : l'article 1304¹.

Selon cette disposition, on doit reconnaître au promettant le droit de demander l'annulation dans les dix ans à compter, dit le texte, de la découverte de l'erreur ou du dol, et dans le cas de violence² du jour où celle-ci a cessé. On peut se demander quand l'annulation d'une promesse de récompense, regardée comme une convention par le droit français, doit être envisagée. Selon la conception française, cette question ne se pose qu'après l'acceptation qui parfait la convention. Avant l'acceptation, le pollicitant est absolument en droit de retirer sa proposition, et partant, il ne saurait être question d'annulation. A cet égard, toute renonciation de la part du promettant est sans effet. Il en résulte que le délai de forclusion de l'article 1304 court non pas de la découverte de l'erreur, comme il ressort de la lettre de cette disposition, mais bien de la présentation au promettant du résultat achevé. Cette thèse semble s'imposer, étant donné la disposition du législateur français qui parle de convention conclue évidemment entre personnes déterminées « ab initio ». Mais cela est inconcevable dans le cas de la promesse, même en admettant le point de vue français, convention tacitement conclue, vu que les manifestations de volonté sont, pour le moins, séparées par un grand laps de temps. En tout cas, il est clair que le délai ne peut courir avant la formation du contrat. A propos de ce qui vient d'être dit, il sied de se rappeler le fameux adage romain en vertu duquel les exceptions sont perpétuelles³. Si l'on admet cet adage, le promettant posséderait sans limite la faculté de se défendre. Avec cette possibilité, il pourra remédier à l'éventualité déjà dite : réclamation après le délai de forclusion. La solution vaut pertinemment pour les cas de violence et d'erreur, mais elle n'arrange rien dans le cas du dol. En tant que vice du consentement, il faut que ce dernier

¹ Code civil annoté, op. cit., p. 726-727, sur son commentaire doctrinal et jurisprudentiel, p. 728 et ss.

² Gaudemet, p. 64, sur la notion de la violence en droit français, aussi Jossierand, T. 3, 3me éd., p. 47, no. 80 et ss., arts. 1111-1115.

³ Planiol et Ripert, op. cit., T. I, p. 370, no. 295, note 3.

soit l'œuvre de l'autre partie, ou du moins que cette autre partie soit au courant¹ des manœuvres dolosives. Cela se comprend dans les actes bilatéraux², mais pour la promesse, le dol émanant de qui que ce soit et même à l'insu du bénéficiaire, le promettant doit être autorisé à agir en nullité. En droit français, il est dit à l'article 1116, alinéa 1 : « Le dol est une cause de nullité de la convention lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles qu'il est évident que sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté. » Cet article s'applique-t-il aux actes unilatéraux de la même façon qu'aux actes bilatéraux ? Exige-t-il que le promettant ne puisse se défendre que contre un adversaire réunissant la double qualité de créancier et d'auteur du dol ? La condition exigée par l'art. 1116 : « que le dol ait été pratiqué par une partie contractante » ne s'applique certainement pas aux actes unilatéraux, puisqu'ils émanent de la volonté d'une seule partie.

Colin et Capitant rappellent fort à propos le cas posé à l'art. 783, selon lequel le bénéficiaire d'une succession acquise à la suite de manœuvres dolosives peut la refuser sans en connaître l'auteur. Nous avons vu qu'en droit allemand il était essentiel de permettre au promettant d'annuler publiquement sa promesse. Il semble qu'à première vue, il en est de même en droit français. Mais on pourrait encore concevoir une autre solution au sein même de la réglementation française, afin de parer à une situation embarrassante dans laquelle pourrait se trouver un promettant non fautif. Il ne sera pas inutile de songer à apporter un tempérament à l'article 1304 en ne comptant le délai de dix ans qu'à partir de l'apparition d'un adversaire déterminé. Cette solution, logique, se heurte, hélas, au

¹ L'art. 1116 permet, selon Gaudemet, d'imposer la nullité au contractant complice ou de mauvaise foi, mais non pas au contractant de bonne foi coupable de simple légèreté, *op. cit.*, p. 75, voir cependant le paragraphe 123 du BGB et Saleilles, *Déclarations*, *op. cit.*, p. 61, la solution suisse, art. 28, al. 2, est identique à celle du BGB.

² Colin et Capitant, *op. cit.*, T. I, p. 72, « si le dol a été l'œuvre exclusive d'un tiers, la victime peut bien réclamer des dommages-intérêts au coupable, mais elle ne peut pas demander la nullité de la convention ».

texte du deuxième alinéa de ce même article. Elle déroge, en outre, à la teneur d'une autre disposition concernant la prescription et dont voici le texte : « La prescription court contre toutes personnes à moins qu'elles ne soient dans quelque exception établie par une loi ». Ainsi s'exprime l'article 2251. Cependant, la suspension prévue dans cet article n'est pas de nature à jouer ici. Cette solution trouve son origine dans l'axiome : « Il n'y a pas d'action en l'absence d'un adversaire »¹.

Intérêt de l'auteur de la promesse

Examinons maintenant un autre aspect plus délicat. La déclaration étant destinée à produire des effets juridiques doit être sérieuse², c'est-à-dire faite avec une intention consciente. Si nous jugeons utile de nous arrêter sur ce point qui vaut d'ailleurs pour toute déclaration de volonté juridique, c'est en raison du caractère particulier de la promesse. Nous laissons de côté les promesses habituelles, normales, au moyen desquelles le promettant cherche vraiment à susciter la curiosité de l'intéressé, pour en tirer un résultat quelconque, vu que le caractère sérieux de telles promesses ne fait pas de doute. En effet, le promettant a bien en vue le résultat recherché et entend manifestement récompenser celui qui le lui procure. Mais un autre genre de promesses, celles qui visent le non accomplissement

¹ La règle la plus générale à laquelle se rattache la prescription décennale serait celle qui est fondée sur une fiction de confirmation tacite par l'intéressé demeuré inactif. Code civil annoté, op. cit., T. III, 1936, p. 735. Cependant, la maxime « contra non valentem agere non currit praescriptio » vient amender la rigueur de cette règle générale. Anciennement on a considéré qu'il était équitable de ne pas faire courir la prescription contre celui qui s'était trouvé dans l'impossibilité d'agir et n'avait pu accomplir l'acte interruptif. Code civil annoté, T. 2, 1949, p. 968-969. Voir aussi Jossierand, op. cit., T. II, p. 31, no. 47, Colin et Capitant, 6me éd., T. II, p. 272.

² Nous ne voulons pas parler ici des déclarations de volonté faites par plaisanterie « jocandi causa », comme disaient les auteurs classiques, et moins encore de celles qui s'accompagnent d'une réserve mentale ou d'une condition purement potestative de la part de celui qui promet. Nous ne voulons pas non plus toucher le cas de ceux qui se trouvent dans un complet état d'ivresse, etc. Demogue, op. cit., p. 256, no. 158, Planiol et Ripert, T. 6, op. cit., p. 165, no. 99, Baudry et Barde, T. I, p. 12.

d'une action ou d'une prestation, va nous occuper. Ce sont les promesses dites négatives¹ ou « pseudo promesses » qui doivent, à notre sens, être admises en droit suisse, pourvu que les conditions de l'art. 8 CO soient remplies.

Dans la pratique, il arrive souvent qu'un promettant vise au non accomplissement d'une action ou d'un fait. Cette sorte de promesse peut d'ailleurs servir tout aussi bien à des buts commerciaux et publicitaires qu'à d'autres buts. Il peut y avoir, par exemple, le dessein de perfectionnement à propos d'un produit. Il faut encore faire mention, à ce propos, de l'intérêt² que pourrait avoir le promettant à la réalisation du résultat demandé. Cet intérêt n'est pas seulement matériel, mais peut être affectif, personnel ou public. De la même manière, les buts poursuivis par la promesse peuvent être très divers. Ainsi la prestation peut de ce fait avoir un but altruiste, patriotique, etc. Or, cette diversité ne rend pas facile la recherche d'un critère qui permette de déterminer le caractère sérieux de la promesse. En droit allemand, ce caractère semble bien être une condition de validité et cette question ne soulève aucune difficulté, puisque toute déclaration de volonté non sérieuse est frappée de nullité, selon le paragr. 118 du BGB.

En droit suisse, où la concision législative constitue un des caractères les plus précieux, une telle disposition n'existe pas. Il y a là, croyons-nous, un grand axiome du droit naturel, qui n'a pas besoin d'être érigé en une disposition légale. Mais la question reste entière : comment apprécier le caractère sérieux de la promesse ? Trois ordres d'idées furent lancés en réponse à cette question, ce sont : 1) l'idée de l'intérêt à laquelle nous avons déjà fait allusion ; 2) la disproportion plus ou moins exorbitante entre la récompense et la prestation, et enfin 3) la possibilité pour cette dernière de se répéter indéfiniment.

¹ Costiner, *op. cit.*, p. 20, Chabas, *op. cit.*, p. 34, Anna Goldberg, *op. cit.*, p. 48, Huc, *op. cit.*, p. 27, T. 7.

² Cette idée est défendue par Schütz, cité par Costiner, p. 19-20, qui considère comme faible d'esprit ou non sérieux, celui qui promet une récompense sans avoir intérêt au résultat demandé. Or, ces promesses négatives ne sont pas sérieuses, donc pas valables, voir aussi Anna Goldberg, *op. cit.* p. 48.

1. En ce qui concerne l'intérêt, nous avons déjà vu qu'il est très relatif et qu'il est par conséquent difficile de l'apprécier exactement. D'ailleurs, est-il toujours vrai de dire que l'auteur d'une promesse négative ne peut jamais avoir intérêt à ce que le résultat soit obtenu¹ ? Il est certain que le fabricant qui promet une récompense à celui qui trouvera un défaut dans sa marchandise désire à priori que cela ne se réalise pas. Mais ce même fabricant n'a-t-il pas d'autres intérêts un peu plus éloignés, s'il soupçonne, par exemple qu'un ou plusieurs défauts existent dans son produit ? En admettant qu'il en soit ainsi, il a un grand intérêt, au point de vue technique, à ce qu'on lui signale ces imperfections pour y remédier.

Quant à nous, nous sommes plutôt portés à croire que l'intérêt du promettant n'est pas une condition de validité de la promesse. Il ne faut donc pas se demander à propos de chaque promesse si le promettant avait ou non intérêt à sa réalisation. Bien plus, il nous semble que l'absence de tout intérêt ne constitue pas un indice certain du caractère non sérieux de la promesse². Celle-ci n'est pas une transaction d'un ordre matériel ou moral, mais un procédé qui pourrait satisfaire même les caprices ou les désirs qui ne poursuivent aucun intérêt. En droit suisse, Oser³ estime que la promesse de récompense doit présenter un certain intérêt pour le promettant, mais que l'existence de cet intérêt est en principe attestée par le seul fait d'avoir publié sa promesse. Quant à Becker⁴, il est plutôt d'avis contraire, à son avis, il n'est pas équitable de frustrer le bénéficiaire de la récompense en raison du manque d'intérêt du promettant à la réalisation de la promesse.

2. Schûtz⁵ voit encore dans l'écart souvent démesuré entre la prestation d'une part et la récompense de l'autre, une difficulté pour prendre la promesse au sérieux. Il nous semble pourtant

¹ Anna Goldberg, *op. cit.*, p. 48.

² Costiner, *op. cit.*, p. 57.

³ Oser, *op. cit.*, p. 68, commentaire de l'art. 8 CO, no. 7.

⁴ Becker, *op. cit.*, p. 46, art. 8 CO, no. 8.

⁵ D'après Costiner, *op. cit.*, p. 20, aussi Anna Goldberg, *op. cit.*, p. 48.

qu'il n'y a là aucun obstacle. Tout le problème, en effet, dépend de la valeur que représente le résultat aux yeux du promettant. C'est plutôt une question de fait, dont on ne peut inférer aucun argument en faveur du caractère non sérieux de la déclaration. C'est également une question dont l'importance est aussi relative que celle de l'intérêt, puisque cette importance varie d'une personne à l'autre.

3. Notons, finalement, que le fait que la prestation puisse être effectuée plusieurs fois n'affecte en rien la validité de la promesse, puisque cela n'a rien de commun avec le sérieux de la déclaration. Cela concerne plutôt le paiement de la récompense, dans le cas où plusieurs tiers ont effectué la prestation. Les règles prévues à cette fin suffiront à résoudre les difficultés qui peuvent surgir à ce propos.

La promesse négative nous amène à considérer un cas célèbre dont les conclusions nous permettront de faire une courte comparaison entre la promesse et le pari auquel on a voulu l'assimiler. Ce cas se passa à Rixdorf en 1904 et donna lieu au procès Dasbach-Hoensbroeck, relatif à la découverte éventuelle dans une œuvre de Jésuite du principe « la fin justifie les moyens ». La première instance débouta le demandeur en insistant sur le caractère de pari que présentait le cas. Remarquons à ce propos qu'on a voulu encore considérer la promesse négative comme un pari unilatéral et lui enlever, par conséquent, tout effet juridique. Mais la Cour d'appel de Cologne opta pour la promesse de récompense et non pour la pari, mais débouta, elle aussi, le demandeur en se basant sur le fait que le résultat demandé n'avait pas été obtenu¹.

Bien que les possibilités de confusion ou de rapprochement entre la promesse et le pari, institutions si différentes, soient presque inexistantes, il nous a semblé intéressant de marquer nettement cette différence. Disons tout d'abord que le caractère

¹ Voir l'analyse de cet arrêt dans Costiner, *op. cit.*, p. 24.

contractuel¹ du pari ne fait aucun doute. Par contre, pour la promesse, la tendance générale est plutôt de la ranger dans la catégorie des actes juridiques unilatéraux ; en tout cas, l'accord est loin de régner sur ce point. En second lieu, la publication est pour la promesse un élément constitutif, une condition « sine qua non » tandis que pour le pari, elle est sans importance. Autre différence : alors que c'est avec la présentation de la prestation requise que la promesse atteint sa perfection, dans le pari, il s'agit de démontrer la véracité ou l'erreur d'une certaine affirmation. C'est qu'en effet, l'essence du pari consiste dans l'existence de deux opinions qui s'affrontent ; cette lutte en est l'élément caractéristique. Parmi les autres éléments fondamentaux du pari, un seul peut être douteux, une seule mise est-elle suffisante, ou bien faut-il que les deux parieurs posent chacun la sienne² ? Une autre différence, mais d'un autre ordre est la suivante : la promesse a, en principe, pour but la réalisation d'un travail à base économique, sociale, scientifique, littéraire, etc., réalisations que le promettant ne pourrait normalement pas obtenir par contrat. Il en est tout autrement dans le cas du pari dont le but est plutôt égoïste, généralement³ excentrique

¹ Et cela depuis le temps des Romains, voir Théodoresco, *Du jeu et du pari*, Paris, 1931, thèse, p. 11 et 27, aussi Baudry et Wahl, *Traité théorique et pratique du code civil*, 1907, T. 24, p. 5, Josserand, *op. cit.*, 3me éd., T. II, p. 850, no. 1381, et Von Tuhr, T. I, p. 28, et Funk, *op. cit.* p. 330, et aussi Martin, *op. cit.*, p. 389.

² Suivant Pothier, *Oeuvres de Pothier*, T. 5, *Traité du jeu et du pari*, p. 366, chacune des parties risque de donner à l'autre la somme convenue, chaque parieur se charge réciproquement de risques qui sont le prix de ceux dont l'autre se charge. Nous croyons donc que le pari est un contrat synallagmatique parfait, parce que comme disent Aubry et Rau, *droit civil français*, 6me éd., T. 4, p. 417, en note, on ne comprendrait pas qu'un contrat comportât pour l'une des parties une chance de gain ou de perte sans comporter en même temps pour l'autre partie une chance opposée, voir aussi T. 6, p. 101.

³ Comme l'a souligné Von Tuhr, T. I, p. 28, le législateur considère que le jeu et le pari sont immoraux et démoralisants, ils sont l'occasion de ruines, de désespoirs, d'enrichissements subits et injustes et en un mot de scandales. De telles opérations, si elles ne sont pas défendues, ne sauraient du moins bénéficier de la protection légale au nom de la morale et de la loi. Le pendant peut donc refuser de tenir parole.

et par conséquent pas économique. Le pari ne tend qu'à prouver l'exactitude ou la fausseté d'une assertion¹. Néanmoins, on peut trouver, dans une certaine mesure, quelques points de contact entre la promesse et le pari. Par exemple, stipuler qu'un des parieurs, des candidats ou des tiers intéressés par la promesse, soit soumis à une certaine condition. Il se peut d'autre part que le pari prenne les mêmes formes que celles exigées pour la promesse. On peut dire encore que l'offre de parier ne peut être adressée sous condition à une personne déterminée. Cependant, le pari peut très bien prévoir une prestation, tout comme la promesse².

Il ne serait pas sans intérêt de rappeler à ce propos un autre genre de pari, celui que l'on a convenu d'appeler populaire ou unilatéral. C'est encore un contrat, mais unilatéral, où une seule partie s'oblige à payer ce qu'elle avait mis au cas où son assertion se révélerait fausse. Nous ne cherchons pas à savoir s'il doit avoir la même valeur qu'un pari ordinaire qui, lui, est sans sanction. Il nous semble enfin que le caractère sérieux de la promesse ne se fonde pas sur un seul point de vue ; on peut par exemple évoquer avec profit l'utilité du but sans oublier cependant qu'il y a des résultats qui ne visent aucun intérêt utile. A défaut, ou dans le doute, le juge portera son attention sur le contenu de la promesse. Mais toutes ces indications n'épuisent pas les possibilités infinies de la vie courante ; il faudra encore tenir compte de la forme, du genre, du lieu, des circonstances entourant la publication. Le juge s'appuiera en outre sur le principe de la bonne foi, des bonnes mœurs, de l'impossibilité objective de la prestation, etc., selon les arts. 2 CC, 18 et 23 CO.

¹ Voir Baudry et Wahl, *op. cit.*, p. 8.

² Comme celle-ci encore, le pari appelle une réglementation plus précise vu que sous l'empire juridique du système actuel, la promesse cadre mal avec les dispositions générales sur la conclusion du contrat, sans qu'on puisse obliger le promettant par la vertu de sa seule volonté et qu'enfin la loi ne dit rien du pari, sauf qu'il n'est pas sanctionné, art. 513-514 CO, voir aussi paragraphe 762 BGB.

Capacité du promettant

Faisons à présent quelques remarques concernant la personne du promettant. Celui-ci peut être une personne physique ou morale¹. Quant à la personne physique, il est naïf de rappeler qu'à son égard, la capacité de discernement², c'est-à-dire d'agir raisonnablement, est exigée. Or, selon l'art. 19, al. 2, CC, les mineurs et les interdits capables de discernement ne peuvent faire une promesse valable qu'avec le consentement de leur représentant légal. Néanmoins, ce consentement n'est pas nécessaire dans le cas des arts. 296 et 412 CC³ dont voici les textes respectifs : « L'enfant a l'administration et la jouissance de ceux de ses biens que les parents lui remettent pour exercer une profession ou une industrie (art. 296). » « Le pupille auquel l'autorité tutélaire permet expressément ou tacitement d'exercer une profession ou une industrie, peut faire tous les actes rentrant dans l'exercice régulier de cette profession ou de cette industrie : il est en raison de ces actes tenu sur tous ses biens (art. 412). » Il faut encore citer le cas de l'art. 295, al. 2, CC, d'après lequel, l'enfant qui, du consentement de ses parents, vit hors de la famille, peut, sous réserve de ses obligations envers eux, disposer du produit de son travail comme il l'entend.

En ce qui concerne la femme mariée, nous pouvons résumer la pensée du CC comme suit : « Pas de tutelle maritale, mais pas non plus d'égalité complète du mari et de la femme dans le mariage ; prépondérance du mari comme chef de la famille et représentant de l'union conjugale, mais existence aussi d'affaires personnelles de la femme dont elle s'occupera d'une façon plus ou moins indépendante, suivant le régime matrimonial, à quoi s'ajoute une protection juridique qui s'exerce contre l'usage

¹ Au sujet de la personne morale, voir art. 53 CC, aussi Rossel et Mentha, *op. cit.*, T. I, 2^{me} éd., p. 127 et ss., no. 184 et ss.

² Cette expression est nouvelle, on ne la trouve ni dans les lois antérieures, ni dans l'avant-projet. On parlait jusque là de « capacité naturelle », Tuor, *op. cit.*, p. 58, d'après Curti-Forrer, *op. cit.*, p. 17, « la capacité de discernement est présumée » ; aussi dans ce sens, Tuor, *op. cit.*, p. 60.

³ Tuor, *op. cit.*, p. 216.

abusif de la puissance maritale ; capacité juridique de la femme, mais subordination aux intérêts du mariage : dès lors, restriction de sa liberté de disposer et notamment de son pouvoir d'engager les biens matrimoniaux, toujours selon les règles particulières du régime matrimonial en vigueur ; liberté pécuniaire de la femme, respect entier de ses droits de propriété, mais, en règle générale, pas d'indépendance économique complète, pas de séparation du patrimoine de la femme de celui du mari, réunion des biens sous l'administration et la jouissance de l'époux. » ¹

Aux termes de l'art. 161 CC, al. 3, la femme dirige le ménage. Or, dans le cadre de son pouvoir domestique et tant qu'elle représente l'union conjugale, ses promesses obligent le mari ². D'autre part, la femme mariée a, dans le système du CC, le droit d'exercer une profession ou une industrie, mais elle a besoin à cet effet du consentement de son mari. « Ce consentement peut d'ailleurs consister en une simple tolérance, dans un laisser faire. Il y a plus : les tiers de bonne foi sont en droit de présumer ce consentement, tant que l'autorité n'a pas rendu publique une interdiction du mari. » ³ « Si le mari refuse son consentement, la femme peut être autorisée par le juge à exercer une profession ou une industrie lorsqu'elle établit que cette mesure est commandée par l'intérêt de l'union conjugale ou

¹ D'après Tuor, op. cit., p. 151 et ss. ; Georges Sauser-Hall, Introduction à l'étude du nouveau droit civil en Turquie, Constantinople, 1926, p. 130, « le législateur suisse s'est inspiré des principes du BGB, mais il ne les a pas adoptés sans différence ; au contraire, il les a entendus d'une manière assez particulière. Néanmoins, il est parti du principe que la capacité de la femme est intimement liée au régime matrimonial, qu'elle en dépend directement. Ce système ne limite donc pas la capacité de la femme mariée que dans la mesure où elle serait de nature à porter atteinte à des droits du mari sur ses biens. » Voir également la conférence de M. Sauser-Hall sur la capacité de la femme mariée, les différents systèmes, l'évolution historique de l'incapacité perpétuelle de la femme fondée sur une prétendue infériorité intellectuelle et physiologique, idem, p. 124 et ss., aussi arts. 167 et 168 CC.

² Tuor, op. cit., p. 151, Rossel et Mentha, op. cit., T. I, p. 286, et aussi arts. 163-166, et 203 CC.

³ Tuor, op. cit., 2me éd., p. 157.

de la famille.»¹ On voit, dans ce cas, que la femme mariée répond sur tous ses biens des promesses de récompense qui résultent normalement de cette exploitation. Par contre, elle répond seulement sur ses biens réservés dans le cas où elle n'a pas de pouvoir de disposer.²

Limites de la promesse de récompense et de la donation

Il y a des cas douteux qui laissent perplexe et dont on ne sait s'il faut les ranger dans la promesse de récompense ou dans la donation. Remarquons tout d'abord, que « la donation est un contrat unilatéral par lequel l'un des contractants s'oblige à diminuer son patrimoine pour augmenter celui de l'autre et cela sans aucune contre-prestation »³. Quant à la promesse publique, nous savons que la tendance générale des législateurs et de la doctrine s'oriente plutôt vers l'engagement par volonté unilatérale pour la fonder juridiquement. D'autre part, selon Colin et Capitant⁴, « la donation doit procéder uniquement de l'esprit de bienfaisance ou d'affection », tandis que ces sentiments n'ont rien à voir dans le cas de la promesse de récompense. Une autre différence très marquante est celle que constitue l'indétermination de la personne du bénéficiaire de la promesse publique, alors que la promesse de donation ne saurait, en principe, être adressée à une personne incertaine⁵. Toutefois, comme nous l'avons déjà dit, il est des cas difficiles à résoudre. Prenons par exemple celui prévu à l'art. 245 du CO où il est dit : « La donation peut être grevée de conditions ou de charges. » Dans ce cas, la prestation, nous dit Funk⁶, « se distingue de la contre-prestation d'un contrat bilatéral, en ce sens qu'elle affecte

¹ Art. 167, al. 2, CC.

² Tuor, op. cit., p. 183, art. 208 et 221, CC.

³ Funk, op. cit., p. 165 et ss., note 1.

⁴ Colin et Capitant, op. cit., T. I, p. 72. Il faut noter, cependant, que cette opinion ne saurait être prise en considération pour le droit suisse.

⁵ Savatier, op. cit., T. III, p. 417, no. 808. Voir, cependant, en sens contraire, Oser, op. cit., art. 8, no. 8.

⁶ Funk, op. cit., p. 168, note 2.

la substance de la chose donnée, mais non pas les biens du débiteur. L'objet de la charge ne peut être que la chose donnée elle-même ou un usage économique en dépendant. Une activité indépendante du donataire constituerait seulement une condition, mais non une charge.» Pour créer une obligation valable, il faudra faire une promesse de donation conformément à l'art. 243 CO, mis à part le cas prévu à l'art. 242 CO, al. 1, dont voici le texte : « La donation manuelle a lieu par la remise que le donateur fait de la chose au donataire. » La promesse de donation peut être diffusée à l'extérieur de diverses manières. Elle peut ainsi atteindre un groupement plus ou moins grand de personnes, mais cependant, il faut qu'elle soit faite par écrit, ce qui n'est pas une condition de validité de la promesse publique de récompense. Toutefois, selon l'al. 3 de l'art. 243 CO, dès que la promesse est exécutée, elle est assimilée à une donation manuelle. Enfin, s'il est impossible de conclure manifestement à l'existence de l'« animus donandi », il faut, à notre sens, considérer que l'on se trouve devant une promesse de récompense¹.

Section II

La publicité de la promesse de récompense

« Celui qui promet publiquement », ainsi commence l'art. 8 CO, seule disposition consacrée à la promesse. Il ressort bien de ce texte que la publication de la promesse de récompense constitue un élément essentiel de cette institution. Dans toutes les

¹ Nous avons ainsi signalé quelques remarques qui pourraient servir de frontière juridique entre la donation et la promesse. Nous renvoyons, pour plus de détails, aux arts. 248 et ss. CO, en ce qui concerne, par exemple, la responsabilité réduite du donateur en cas d'éviction et défaut de la chose donnée, à comparer avec le principe des arts. 192 et 197, d'après lesquels, le promettant doit répondre comme tout autre débiteur. Enfin, on peut aussi parler du cas de la révocation comme un trait commun. Toutefois la lecture seule des arts. 249 et 250 CC nous apprend la différence considérable qui existe entre les deux institutions.

législations qui se sont occupées de la promesse, cette publication y est expressément prévue : « Quiconque par annonce publique », nous a déjà dit le code civil allemand, dans son paragraphe 657, Ceux qui l'ont suivi¹ ont également pris le soin de poser cette publicité comme une condition fondamentale. Le texte allemand de l'article suisse ne parle pas de publication obligatoire, à l'inverse des textes français et italiens. Le Tribunal fédéral s'exprime à ce sujet de la manière suivante² :

« En l'espèce, la défenderesse a déclaré aux agents de police lucernois qu'elle promettait une récompense de Fr. 5.000.— à la personne qui ferait arrêter le voleur et retrouverait ses bijoux. Elle avait donc fait de son côté tout ce qu'elle devait faire pour provoquer une publication convenable et conforme au but voulu. L'instance cantonale a admis, d'une manière qui lie le TF, que la promesse de récompense aurait été publiée si le voleur n'avait pas été arrêté³. Avec plus de précision, le TF ajoute : « Le texte allemand de l'art. 8 CO ne renferme pas le réquisit de la publication au contraire du paragraphe 657 du code civil allemand. Dans le texte français, il est vrai, les mots « Wer durch Auslobung aussetzt » sont rendus par les mots « celui qui promet publiquement » et le titre marginal « Preis-ausschreiben und Auslobung » est traduit par « Promesses publiques ». Le texte italien porte également « offerta pubblicamente » et « offerta pubblica ». Il faut cependant observer que la langue française, de même que la langue italienne, ne possèdent pas d'expression correspondant exactement au mot « Auslobung ». On est donc en présence de circonlocutions qui ne

¹ Voir notamment : art. 360 du code civil général autrichien, Doucet, Paris, 1947, et l'art. 164 du code des obligations de la république de Pologne, trad. Steffan Sieckowski.

² JDT, 1914, 62, p. 181, 182 et 183.

³ Voir sur ce sujet, notamment Rossel, op. cit., T. I, p. 39, selon lequel, la condition de publicité qui ressort nettement des textes français et italien ne peut avoir que la portée qui découle des expressions allemandes où il n'est question ni de promesse ni de publicité. Voir encore fiches juridiques suisses, no. 118, p. 1, et sur la question de la rédaction en trois langues imposées par la Constitution fédérale et qui constitue une caractéristique de la législation suisse, Tuor, op. cit., p. 14 et 31.

définissent que d'une façon approximative la notion de « Auslobung » et dès lors, l'on ne doit pas attacher aux termes « publiques », « publiquement », « publica » et « publicamente » une autre portée que celle des expressions allemandes « Auslobung » et « Auskündigung ». En conséquence, la promesse doit être faite en faveur d'une pluralité de personnes qui ne sont pas désignées individuellement et qui ne doivent pas nécessairement être présentes ou représentées ; de plus, le promettant doit vouloir rendre sa promesse publique d'une façon ou d'une autre. Cette publication, qui correspond à la volonté du promettant, peut avoir lieu d'une manière plus ou moins étendue, par la voie de la presse ou de l'affiche au pilier public, par la proclamation du crieur public ou simplement de bouche en bouche, suivant les buts que poursuit le promettant et les cercles de personnes qui entrent en ligne de compte pour l'accomplissement de la contre-prestation. La publication par la voie de la communication de bouche en bouche suffira notamment lorsque, d'emblée, un cercle restreint de personnes entre en considération pour la réalisation du résultat désiré ; ainsi, les participants d'une course ou d'un cortège artistique ou bien les personnes occupées à éteindre un incendie ou les témoins oculaires d'un accident ou encore les employés de chemin de fer présents lors de l'arrivée d'un train. S'il s'agit, au contraire, d'une récompense promise pour l'arrestation d'un escroc international, ou d'un prix offert pour une invention ou une découverte importante, il faudra que la publication soit plus étendue et ait lieu par la voie d'annonces dans les journaux, d'affiches au pilier public ou de distribution de feuilles volantes. Toutefois, la promesse de récompense est valable et lie son auteur non seulement lorsqu'elle a reçu la publicité qui correspond au but concret poursuivi, mais déjà au moment où le promettant a fait sa déclaration de volonté en vue de cette publicité. En d'autres termes ; la promesse publique de récompense est parfaite dès que le promettant a fait, de son côté, tout ce qui, d'après les circonstances, lui incombait pour porter sa promesse à la connaissance des personnes qui entrent en ligne de compte. »

Nous nous rangeons donc à l'avis du TF indiqué ci-dessus et ne partageons pas celui de Costiner suivant lequel le nombre

de personnes devant lesquelles la promesse a été faite (3 ou 4 personnes) n'est pas déterminant pour indiquer s'il y a ou non publicité de la promesse¹. Quelle position prendre lorsqu'il s'agit d'une association². Peut-on la considérer comme un groupe qui remplit la condition de l'indétermination? Nous croyons qu'à cet égard les rapports existants entre les membres d'une association jouent un rôle considérable. Plus ces rapports sont étroits, plus le cercle prend un caractère fermé et distinct. Dans ce cas, il semble qu'on ne puisse pas dire de la promesse adressée à une telle association qu'elle est publique. Ceci, en tenant compte d'autres facteurs : la nature de l'association, le but qu'elle se propose et aussi la nature de la prestation. La publicité existe par exemple lorsqu'il s'agit d'une association ayant un nombre relativement élevé de membres ce qui exclut pour le promettant de les connaître tous personnellement. Le fait d'appartenir à la dite association suffit. Par contre, une promesse adressée à un petit cercle sportif, ou à une petite association des étudiants d'un pays, à l'Université de Genève, par exemple, ne saurait être considérée comme publique. Il est bon de noter à ce propos que les conditions relatives à l'admission des membres peuvent varier d'une association à l'autre et influent par conséquent sur le caractère qu'on devrait leur attribuer³. On peut se demander encore si une personne en dehors de l'association peut se mettre en quête du résultat. Une réponse affirmative semble permise, sauf si le promettant a expressément prévu le contraire. L'élément de publicité ne manque pas de justification juridique⁴. Dans la règle, on pose des exigences plus rigou-

¹ Voir Costiner, *op. cit.*, p. 32.

² Les associations, c'est-à-dire les groupements de personnes organisées corporativement et qui ne s'assignent pas un but économique. Nous croyons pouvoir assimiler les autres groupements qui se proposent des buts économiques aux établissements, parce qu'ils personnifient plus les patrimoines des associés que la pluralité des membres eux-mêmes d'où la réserve de l'art. 59 CC, Tuor, *op. cit.*, p. 95 et 107 et art. 60, CC.

³ Voir Rossel et Mentha, *op. cit.*, T. I, p. 156-157, no. 236 et les art. 60 et ss., CC.

⁴ Suivant Demogue, *op. cit.*, T. II, p. 145-146, « La publicité est un procédé technique pour les actes juridiques unilatéraux qui peuvent intéresser

reuses pour la forme d'un acte unilatéral, par exemple en matière de fondation¹, il n'y a donc rien d'étonnant si, du point de vue formel, la promesse doit remplir la condition de publicité.

Nous voudrions souligner enfin que l'indétermination du futur créancier en tant qu'élément moteur de l'institution revêt parfois un aspect difficile à préciser. En effet, le futur créancier doit être indéterminé, mais par contre la promesse peut s'adresser à un groupement déterminé de personnes dont le futur et éventuel créancier, sans être déterminé à l'avance, fait cependant partie. L'on peut promettre par exemple aux agents de police de la ville de Genève, « aux habitants d'un village, aux abonnés d'un journal, aux élèves d'une classe, etc., sans que ces personnes soient nommées personnellement »².

Section III

La prestation

Par la prestation, on entend le résultat demandé, le produit définitif de l'activité du tiers bénéficiaire. Il s'ensuit que tout résultat partiel, inachevé, n'entre pas en ligne de compte ici. D'autre part, il n'est pas besoin de rappeler que cette prestation ne devra pas être contraire aux dispositions de l'art. 20 du CO (prestations illicites, impossibles ou contraires aux mœurs). Que cette prestation ainsi conçue soit déterminante, cela découle de l'art. 8, al. 2, CO. Funk relève avec raison que cette prestation est la condition — le mot est pris dans son sens large, bien entendu — pour laquelle le promettant doit s'exécuter, lui aussi;

un nombre indéterminé de personnes. Tantôt l'acte unilatéral se fait en la forme solennelle d'une façon telle que les intéressés peuvent la connaître. Tantôt la loi impose une publicité. Quand il n'y a pas de solennité imposée, l'acte devient définitif dès que la volonté s'est manifestée. »

¹ Paragraphes 30 et ss. du BGB, et 30 et ss. du CC.

² Oser, op. cit., p. 67, no. 3, Funk, op. cit., p. 8.

c'est-à-dire payer la récompense promise. L'auteur souligne encore qu'il existe une différence notable entre les textes français et allemand de l'art. 8 et de sa marginale. Les expressions allemandes veulent dire offre publique pour obtenir une contre-prestation. Celle-ci est donc la condition de l'exécution de la promesse¹.

Il n'est pas nécessaire, évidemment, de considérer cette prestation uniquement comme une « action »². Il va de soi que toute prestation n'est pas obligatoirement une action, elle peut être aussi une omission. Bref, la prestation peut avoir ici pour objet tout contenu possible d'une obligation contractuelle³. Rentrent dans les faits positifs, les « actions », soit toutes les prestations personnelles ou réelles qui demandent une certaine activité physique ou intellectuelle ou encore les deux à la fois : découverte d'une chose perdue, arrestation d'un criminel, obtention d'un résultat déterminé dans le domaine scientifique, etc. Ce peut être aussi la remise d'une chose, par exemple : un philatéliste qui promet une récompense en plus du prix qu'il payera pour un timbre rare. Enfin, la prestation peut être négative : récompense à ceux qui s'abstiennent pendant un certain temps de boissons alcooliques.

Envisageons à présent un cas spécial ayant une affinité avec ce chapitre, à savoir celui dans lequel la prestation sera accomplie sans considération de la promesse, d'où se pose la question de savoir si son auteur a droit à la récompense. On pourrait répondre par la négative, mais ce serait le placer dans une situation défavorable et même inique notamment vis-à-vis de

¹ Funk, *op. cit.*, p. 8.

² « Par action on entend une attitude reposant sur une volonté consciente. L'acte est le résultat d'une action ou opération accomplie tandis que l'action est l'opération d'un agent quelconque, en particulier de l'homme. L'acte et l'action donnent tous deux l'idée que quelque chose se fait. L'action est la manifestation de la puissance qui agit. L'acte est l'effet manifesté et le résultat de cette action. » Von Tuhr, p. 152, note 1.

³ Colin et Capitant, *op. cit.*, T. II, p. 48, no. 53.

ceux qui auraient agi dans le dessein de recevoir le prix¹, ce qui va à l'encontre de la pratique. Cependant, le promettant peut spécifier qu'il entend s'adresser à un groupe spécial de personnes ou à une catégorie de gens ayant une formation spéciale. Cette question si importante dépend en dernier ressort de l'intention du promettant. L'interprétation de sa volonté devrait aboutir à déterminer exactement son désir. Il arrive, en effet, qu'un promettant veuille susciter certaines recherches nouvelles, encourager le relèvement de tel ou tel domaine : Lettres, lutte pour la paix, etc. Dans ce cas, il a uniquement en vue l'activité future provoquée par sa promesse d'où il serait en droit de refuser la récompense à ceux dont le travail n'a pas été effectué à la suite de la promesse². Dans d'autres cas, par contre, le promettant vise simplement à un résultat. Il n'importe guère par exemple à un fabricant qui promet une récompense pour une certaine invention intéressant son industrie, de la payer à celui qui possède déjà cette invention. Dans ce cas, il semble que le promettant n'a aucune raison de refuser le paiement. D'après le BGB, la récompense est due à toute personne qui réalisera le résultat voulu, même dans l'ignorance de la promesse. Quant au CO, il ne contient pas de dispositions sur ce point.

Il nous semble que la question des prestations déjà faites lors de la publication ou entreprises après, mais dans l'ignorance de la promesse, ou encore par un tiers qui la connaît, mais n'a pas l'intention de recevoir la récompense, devrait être résolue à la lumière des propositions qui précèdent. Mais en règle générale, nous croyons avec Fick, qu'il est presque toujours indifférent au promettant que le bénéficiaire ait ou non connaissance de la promesse. Le TF a eu l'occasion de se prononcer

¹ Cette solution est généralement juste et raisonnable, mais ne pourrait-on pas la retourner contre le tiers qui a obtenu le résultat sans avoir auparavant pensé à aucun prix, et cependant réclame la récompense lorsqu'il apprend l'existence de la promesse, ce qui nous fait hésiter, suivant les cas, à la lui refuser.

² Demogue, *op. cit.*, T. II, p. 266.

à ce sujet. A son avis, ce problème est celui d'établir clairement l'intention du promettant et de décider après cet examen si la prestation doit être accomplie en connaissance de la promesse et en vue de la récompense ou non. Dans le cas d'espèce¹, il était incontestable que les intéressés n'avaient pas agi en vue de la promesse, mais cela n'a pas empêché les juges fédéraux de leur donner raison. En effet, à la suite d'un minutieux examen des faits, on a pu établir que l'intention de l'appelante était de payer le prix à quiconque lui rapporterait ses bijoux volés. La plus haute instance judiciaire a basé sa décision sur la doctrine allemande ainsi que sur le texte même de l'art. 8, qui oblige le promettant à payer le prix « conformément à sa promesse »².

Rappelons que l'interprétation, nous préférons appréciation, dont parle la plus haute instance judiciaire suisse doit s'arrêter à la déclaration, en tenant compte de tous les faits et circonstances qui l'accompagnent, comme l'a fait le TF lui-même dans le cas qu'il a tranché. D'autre part, on sait que l'essentiel de l'activité d'un tiers réside dans l'achèvement de la prestation, que son droit à l'égard du promettant ne dépend que de ce fait objectif³. Ce droit naît donc indépendamment de la volonté de celui qui effectue la prestation. Il est donc naturel que l'on n'exige pas la capacité chez le tiers bénéficiaire.

Envisageons maintenant une autre question de moindre importance : le transfert de la propriété du résultat obtenu. Si, à première vue, il paraît normal que celui-ci soit acquis au promettant du fait qu'on le lui présente, la réalité est toute autre.

¹ Voir *supra*, p. 61.

² JDT, 62, 1914, p. 183-184. L'art. 8, contrairement au paragraphe 657 du BGB, ne renferme aucune disposition concernant la question de savoir si l'acte prévu par la promesse doit être accompli par une personne qui connaît la promesse et agit en vue d'obtenir la récompense pour qu'elle puisse prétendre à cette récompense.

³ L'intérêt pratique de l'engagement unilatéral, dans le cas de la promesse de récompense, serait que si le promettant la retire et que quelqu'un, croyant l'offre maintenue, se soit mis en mesure d'accomplir le fait exigé, ce dernier aura droit à la récompense, voir Saleilles, *Bulletin*, op. cit., p. 631.

Le droit de propriété sur le résultat obtenu ne se transfère pas de plein droit au promettant. Le bénéficiaire garde en principe cette propriété pour lui, à moins que la promesse n'en dispose autrement ou que le contraire ne ressorte implicitement de ses termes ou de sa nature. Ainsi l'auteur d'une invention quelconque, d'une découverte scientifique ou d'une œuvre littéraire par exemple, s'en réserverait, dans la règle, la propriété et peut-être même l'exploitation. Le BGB adopte le même point de vue. Par contre, le CO ne disant rien à ce propos, on pourra s'en rapporter à la solution allemande. Par ailleurs, le code polonais des obligations, art. 106, al. 2, s'exprime ainsi : « Le promettant n'acquiert la propriété de l'œuvre couronnée ou les droits d'auteur sur cette œuvre que s'il s'est réservé ce droit dès l'annonce. » Pour Fick¹, « notre loi n'a pas adopté les règles contenues aux paragraphes 659-661 du BGB, mais les juges pourront les appliquer à titre de présomption ».

Nous voudrions remarquer enfin qu'en employant le mot « prestation », le législateur n'a pas spécialement voulu nous imposer la théorie du contrat². En tout cas, l'institution est prévue pour répondre aux désirs multiples des promettants notamment de ceux qui ne connaissent pas de personne déterminée qui puisse amener le résultat voulu par contrat. C'est pourquoi nous nous demandons si cette expression, qui est couramment employée dans le domaine des contrats et des prestations obligatoires, est bien à sa place ici. Il nous semble qu'il vaudrait mieux la remplacer par les expressions du législateur allemand qui traduit mieux le vaste champ d'application de la promesse.

¹ Fick, *op. cit.*, p. 38.

² Le texte de l'art. 8 a une très large portée, comme le dit Demogue, T. II, p. 265. Il suffit que l'on récompense une action et non un état. Voir aussi art. 104 du code polonais et ar. 4 du projet de code franco-italien, ainsi que l'art. 709 du code hellénique.

Section IV

La récompense

La récompense constitue le quatrième et dernier élément de la promesse publique de récompense. Une fois la prestation accomplie, le promettant devra effectuer la sienne, à savoir payer la récompense promise à celui qui, dans les conditions requises, lui présentera le résultat voulu. Il est évident et même naturel que cette récompense soit connue. Cependant si elle n'est pas exactement définissable, la promesse n'en garde pas moins toute sa validité. Il suffit, par exemple, de promettre une bonne récompense¹. C'est même ce que l'on voit le plus souvent dans les journaux. Donc le manque de précision dans la détermination de la nature ou du montant de la récompense n'entraîne pas automatiquement la nullité de la promesse, bien que cette récompense soit l'une des conditions essentielles de l'institution.

Dans la plupart des cas, la récompense consiste en une somme d'argent. Mais il est parfaitement concevable qu'on promette à celui qui retrouvera un objet perdu ou volé, une partie de cet objet, en toute propriété. Dans ce cas, il faut que la chose soit divisible. Il se peut également que le promettant prévoie comme récompense le tiers, par exemple, de la valeur de l'objet à retrouver. Dans ce cas, il faut évidemment que l'objet soit évaluable en argent. Toutes ces questions ne posent pas de difficultés dans la pratique où il y a toujours un terrain d'entente². Il est cependant nécessaire que la récompense ne contrevienne pas aux dispositions des art. 19 et 20 CO, qui restreignent la liberté dans le choix de toute prestation. En outre, on ne doit également pas négliger le domaine de la religion, des mœurs, de la vie familiale, etc. D'autre part, la récompense peut consister en un bien social, immatériel : mé-

¹ Dans ce cas le juge décidera raisonnablement, car il serait inadmissible de dire qu'il y a là une simple réclame, Demogue, *op. cit.*, T. 2, p. 267.

² Rapprocher l'art. 722, al. 2, du CC.

daille, diplôme, titre honorifique, etc. Mais la récompense ne peut pas être la conclusion d'un contrat avec le bénéficiaire, à moins que toutes les conditions essentielles de ce contrat ne soient prévues dans la promesse¹. Il est possible encore que la récompense soit un immeuble, ce qui signifie que le promettant prévoit le transfert de la propriété de cet immeuble. Dans ce cas, la promesse est nulle, vu l'art. 657 CC, al. 1 : « les contrats ayant pour objet le transfert de la propriété ne sont valables que s'ils sont reçus en la forme authentique ». C'est dire que les deux parties, une fois le résultat obtenu, se constituent par devant notaire pour la rédaction de l'acte authentique. Si le promettant s'y refuse, le bénéficiaire n'a aucune action ni en exécution ni en dommages-intérêts pour cause d'inexécution.

Voyons maintenant quand le droit à la récompense prend naissance. Selon le droit allemand, paragraphe 658 BGB, ce droit naît au moment où le résultat est accompli. Le code autrichien abonde expressément dans le même sens². Quant à l'art. 8 CO, il reste muet. Ce n'est que par déduction du deuxième alinéa que l'on peut opter pour une solution différente. En effet, d'après la conception suisse, ce droit naît à la présentation du résultat et non à son accomplissement. Ce point de vue nous paraît plus logique et plus conforme à la pratique, bien qu'il en résulte parfois des injustices. Cette solution est exigée par la nature de la promesse où le promettant n'a aucune idée du futur créancier. D'autre part, le futur créancier, lui, n'aura rien de plus pressé que d'informer le promettant de son succès. Enfin, nous savons que le droit à la récompense exige une conduite conforme aux conditions posées dans la promesse. Toutefois l'énoncé de cette dernière ne doit pas être interprété d'une façon trop stricte. Une récompense promise pour l'arres-

¹ Cependant « l'auteur de l'offre peut ajouter à la promesse d'un prix celle de conclure ultérieurement un contrat avec celui qui a accompli la prestation », Funk, op. cit., p. 8, no. 4 ; Fiches juridiques suisses, no. 118, p. 2.

² Art. 860, « jusqu'à accomplissement de la prestation, la pollicitation peut être révoquée », aussi art. 710 du code civil hellénique.

tation d'un voleur¹ est acquise à celui qui, par exemple, indiquera sa retraite ou fera un simple avis à la police en ce sens. La saisie corporelle de la personne du voleur n'est pas nécessaire dans ce cas, bien que d'après les procédures pénales une telle saisie fasse partie de l'arrestation. Cette dernière reste principalement l'affaire des agents, sauf en cas de flagrant délit².

Appendice

Cas particulier du concours avec prix

Nous avons ainsi terminé l'examen des éléments fondamentaux de la promesse de récompense. Mais cette étude ne serait pas complète si nous ne prêtions quelque attention à d'autres éléments, également essentiels, d'une variété de la promesse de récompense. C'est la mise au concours ou le concours avec prix, qui est la forme d'usage la plus importante. Elle est formée d'éléments particuliers qui sont les suivants :

1. La fixation d'un délai, comme le précise le paragraphe 661, al. 1, du BGB³. Une telle fixation, possible également dans la promesse de récompense en général, est indispensable ici. Ce délai sera régi par les principes des art. 75 et ss. du CO. Becker⁴

¹ En cas de mandat d'arrêt bien entendu, voir sur les différents groupes de mandats et les autres questions concernant cette procédure pénale, Bouzat, *Traité théorique et pratique du Code pénal*, Paris, 1951, p. 775, Vouin, *Précis de droit pénal spécial*, Paris, 1953, p. 189 : « l'arrestation consiste en une appréhension matérielle qui prive physiquement la victime de sa liberté d'aller et venir ».

² Vouin, *op. cit.*, p. 190.

³ Traduction officielle, *op. cit.*, p. 192, T. II, Oser, *op. cit.*, p. 68, no. 9, code autrichien, art. 860, code hellénique, art. 709, al. 2, projet de code civil tchécoslovaque, art. 785, code polonais, art. 106, al. 1.

⁴ Becker, *op. cit.*, p. 47, no. 11, Oser, *op. cit.*, p. 71, no. 23, dans le sens contraire, c'est-à-dire que la fixation d'un délai implique renonciation au droit de révoquer pendant le délai fixé, art. 20, al. 2, code tunisien, code polonais, art. 104, ch. 2, autrichien, art. 860 A, Saleilles, *Bulletin op. cit.*, p. 632, projet tchécoslovaque, art. 786, Fick, *op. cit.*, p. 39, no. 17.

estime que la fixation d'un délai n'implique pas la renonciation au droit de révoquer pendant ce délai. Cependant l'auteur du concours peut prolonger le délai et il semble qu'il ne puisse pas le raccourcir¹. L'origine de cette fixation du délai est en corrélation ici, avec la prestation, qui devra être « relativement » la meilleure, d'où la nécessité d'un délai fixe. C'est cette relativité quant au résultat qui donne au concours sa physionomie caractéristique, sans laquelle on ne saurait parler d'un concours.

2. La candidature, c'est-à-dire la manifestation de volonté de participer au concours. Suivant le contenu de ce dernier, elle peut se faire verbalement ou par écrit ou encore par la seule communication du résultat pendant la durée prévue, si le concours n'exige pas qu'on fasse, préalablement, connaître sa volonté d'y participer. Le programme du concours précise souvent les conditions de la candidature bien que la profession ou la situation, en général, du candidat donne déjà une certaine indication à ce sujet. Il est superflu de rappeler la possibilité de retirer sa candidature, tant que le prix n'est pas encore attribué. Il est possible également que ce retrait fasse perdre au candidat ce qu'il avait déposé en vue de cette candidature.

3. L'institution d'un jury. D'après Becker², la mise au concours se caractérise par le fait que sa réalisation dépend d'un jury³. Mais il n'est pas nécessaire, bien entendu, de désigner le jury ou le juge par leur nom. Il va sans dire, d'autre part, que la personne chargée de cette mission peut la refuser. Mais si elle ne se récusé pas, elle sera liée au promettant par mandat⁴.

¹ Voir art. 80, CO, et son commentaire dans Funk, *op. cit.*, p. 71.

² *Op. cit.*, p. 47, ch. 13.

³ Sur la nature de cette autorité, voir Oser, *op. cit.*, p. 73, no. 27, d'après l'auteur, le jury n'est pas juge arbitre, mais plutôt expert arbitre. Donc, l'expert arbitre suivant le TF, voir JDT, 93^{me} année, 1945, Lausanne, p. 228 et ss., n'est pas lié par les prescriptions de la procédure cantonale. Ses conclusions n'équivalent pas à un jugement exécutoire, elles ne lient le juge qu'en tant qu'expertise.

⁴ Art. 394 et ss. CO et 662 et ss. du BGB. Dans ce cas, nous croyons que le mandat doit être reconnu irrévocable pendant le délai du concours. Voir sur tous ces points, l'arrêt de la Cour d'appel du canton de Berne dans la Revue suisse de jurisprudence, 45^{me} année, 1949, p. 138-139.

Est-ce que le jury doit être spécialement autorisé à exercer la dite mission ? On ne peut répondre affirmativement, si on pense à l'art. 396, al. 3, CO. Quant à la procédure à suivre, elle doit figurer au moins sommairement dans le concours. Cette indication évitera des difficultés et permettra au juge de statuer en se basant sur les conditions du concours. Il est préférable que le promettant prévoie, en particulier, s'il entend que la décision soit rendue à l'unanimité ou à une majorité simple ou qualifiée du jury. Si une telle insertion ne figure pas dans le concours, il semble que la majorité doive suffire. C'est aussi l'avis de l'éminent juriste suisse Von Tuhr¹ La pratique veut, enfin, que la décision du jury soit rendue publique.

¹ T. I, op. cit., p. 122 : « Les décisions servent à obtenir une solution dans une affaire commune. Lorsqu'une décision est prise par une assemblée, la seule volonté qui se manifeste est celle des personnes présentes. La votation ne consiste pas en un échange de déclarations, mais dans l'émission de suffrages et de votes recueillis par les personnes qui président. Et tout spécialement la décision n'exige pas, dans la règle, l'accord de toutes les volontés, mais seulement le nombre des voix. La volonté de la majorité est déterminante même pour les intéressés absents ou restés en minorité. » Voir aussi, Code civil allemand, trad. officielle, op. cit., p. 192, T. II.

CHAPITRE II

Les effets juridiques de la promesse de récompense

A l'instar de tout engagement envers un créancier indéterminé, la promesse comporte des effets qui se répartissent en plusieurs phases. Pour les définir, il faut auparavant, déterminer à quel stade de son développement en est la promesse. Avant d'étudier ces effets dans le droit suisse, il nous semble utile de les examiner dans le BGB, où ils sont définis avec plus de précision. Celui-ci distingue deux stades successifs : la publication et la détermination du créancier par l'accomplissement de la prestation. Pendant le premier stade, le promettant est tenu par sa seule volonté de payer la récompense à celui qui accomplira la prestation. Cet engagement n'est pas limité dans le temps, à moins que le contraire ne soit prévu, ou qu'il ne ressorte de la publication. Il ne s'éteint que par la révocation. L'auteur de la promesse doit donc respecter son engagement, ce qui veut dire que le promettant doit payer la récompense à titre de dommages-intérêts, s'il empêche lui-même la réalisation du résultat contre les règles de la bonne foi. En résumé, il y a pendant cette étape seulement une obligation sous condition suspensive¹.

¹ BGB, 158-161, Von Tuhr, op. cit., p. 652 et 660 : « Pendant la période de suspension, le débiteur n'est pas encore tenu à la prestation, mais il doit compter avec la possibilité de voir la condition s'accomplir et faire naître une créance en faveur de l'autre partie. En vertu de l'art. 152, il doit donc, tant que la condition est en suspens, s'abstenir de tout acte de nature à empêcher l'exécution normale du contrat »... « en cas de violation des règles de la bonne foi, la condition est réputée accomplie, bien qu'en réalité elle ne soit défaillie. Cette fiction, tirée du droit commun, assure une réparation plus efficace que celle de l'art. 41, CO.

Deuxième et dernier stade, le fait est accompli et le créancier déterminé. Ce qui caractérise ce stade, c'est la réalisation de la volonté du promettant. C'est la mise en valeur de l'engagement déjà parfait et prêt à l'exécution. Il importe peu, du reste, que l'accomplissement de ce fait ait lieu avant ou après la promesse, que celle-ci soit connue ou non du bénéficiaire. On peut voir là une certaine fusion des deux stades en principe séparés. Mais ce ne sont que des cas rares qui ne peuvent altérer le principe de la séparation. Quant aux actes simplement préparatoires, ils ne nous intéressent pas ici ; seule compte l'exécution achevée du fait demandé. Il ne faut pas cependant inférer de cela que le promettant ne sera jamais tenu de récompenser l'auteur de ces actes préparatoires. Il aura cette obligation si une précision dans ce sens figure dans la promesse, ou peut être déduite de sa rédaction. Nous sommes ainsi amenés à examiner la volonté du promettant, volonté qu'il y a toujours lieu d'interpréter. On peut, par exemple, penser que le promettant récompensera le tiers qui lui indiquera non pas la retraite du mal-faiteur, mais seulement la personne vue avec lui, si cette indication amène le résultat voulu.

Selon le droit allemand, la promesse publique constitue un acte juridique unilatéral concret¹. C'est-à-dire qu'elle dépend

¹ Guihaire estime que « la promesse de récompense doit s'étudier à trois moments différents : A. — Avant la publication de la promesse, le promettant n'est pas encore obligé. La déclaration n'est qu'une « *propositum in mente retentum* » ; elle n'est pas manifestée juridiquement. Il en résulte, non seulement que le déclarant peut efficacement se rétracter, mais que sa mort ou son incapacité, survenue chemin faisant, ferait tomber sa déclaration. B. — Dans l'intervalle qui sépare la publication de l'accomplissement du fait en vue duquel la promesse a été faite, le déclarant est pleinement obligé, au sens romain du mot. Par sa volonté unilatérale, il a créé un droit de créance contre lui-même, il a été en quelque sorte versé dans le domaine public pour appartenir à celui qui, consciemment ou non, réalisera les conditions de son obligation. Par la suite, s'il meurt ou devient incapable, sa volonté s'impose à ses représentants, sans que ceux-ci ne puissent en neutraliser l'effet obligatoire par une révocation. C. — La condition mise à la promesse est remplie, sans que la faculté de révocation ait été exercée dans les formes requises. Alors, le promettant est obligé, comme il l'était dans la précédente ; mais son obligation devient irrévocable si elle

de l'avènement de sa cause objective¹, donc de l'obtention du résultat voulu. C'est dans ce deuxième stade² que se concentre toute l'importance de la promesse et que se détermine la personne du créancier, par suite de l'accomplissement du résultat voulu, ce qui fait passer une valeur du patrimoine du promettant dans celui du bénéficiaire. Du même coup, il se noue entre les deux parties un rapport obligatoire ordinaire, rapport qui trouve sa genèse dans une volonté unique, souveraine, mais qui s'identifie quant aux effets juridiques avec le rapport contractuel. A présent, la situation prend une tournure différente de celle de la première étape ; le promettant ne doit, à plus forte raison, pas disposer de la chose promise qui sera acquise au bénéficiaire, parfois même à son insu. Celui-ci pourra alors réclamer la récompense ou y renoncer avec l'accord du promettant (CO, art. 115). Le bénéficiaire ne répond pas des vices de sa prestation et doit seulement rendre la récompense si cette prestation ne correspond pas aux conditions de la promesse. Quant au promettant, nous savons que sa position est la même que celle d'un débiteur par contrat. Le parallélisme entre ces deux rapports est tel qu'on applique au promettant les règles relatives à la responsabilité d'un vendeur en ce qui concerne la garantie d'éviction et des défauts. Quant à la pluralité des bénéficiaires, nous pensons que les dispositions du BGB l'ont suffisamment prévue.

Etudions maintenant la question dans le droit suisse. Ici, encore, il sera plus commode d'examiner ces effets par étapes soit avant et après l'obtention du résultat. Auparavant, nous

ne l'était déjà et, de plus, elle est exigible. » Nous ne sommes pas d'accord avec l'existence de la première phase, pour la simple raison que l'intention avant la publication de la promesse ne crée rien de juridique.

¹ On sait qu'en face de la cause subjective soutenue principalement par les auteurs français et la plupart des italiens qui examinent seulement ce qui détermine la volonté, se dresse une autre théorie allemande à laquelle ont adhéré quelques auteurs italiens, qui voient dans la cause l'équivalent économique de l'obligation. Voir Demogue, *op. cit.*, p. 528, T. II, Ripert, *La règle morale*, 3me éd., p. 66.

² Voir sur cette question Anna Goldberg, *op. cit.*, p. 50 et ss., Capitant, *De la cause*, *op. cit.*, p. 25, no. 5, et p. 80.

pensons qu'il y a quelques remarques préliminaires à faire. La place gênante de l'art. 8 dans le CO nous contraint à ne pas décider sans autre en faveur de l'engagement unilatéral. Nous aurons l'occasion de nous arrêter longuement sur la base théorique de la promesse en droit suisse. Mais puisque nous traitons ici les effets juridiques qui touchent surtout à la pratique et doivent par conséquent être étudiés selon l'état actuel des choses, il est nécessaire de suivre à cet égard l'avis prépondérant ou du moins défendu par une partie respectable de la doctrine. Cet avis favorable à l'offre, comme base de la promesse, s'impose également dans la jurisprudence. En tout cas, il faut reconnaître que ce point de vue devrait être respecté, notamment pour ce chapitre. Cette opinion nous amène à considérer rapidement la question du contrat « inter absentes » et spécialement le moment de sa conclusion, donc le moment de l'entrée en vigueur des effets légaux de la promesse. Quatre systèmes¹ sont proposés : celui de l'émission, celui de l'expédition, celui de la réception et enfin celui de l'information. Le CO² se fonde en principe sur le système de la réception, mais il ne le dit pas expressément. Cela est sous-entendu dans les dispositions légales relatives à la formation du contrat. Pour ce qui est des effets, il s'en tient au système de l'expédition. Dans le cas précis de la promesse, il y aurait donc une obligation contractuelle à condition suspensive. Cette condition dont dépend la conclusion définitive du contrat, est une circonstance incertaine, à savoir

¹ Voir sur cette question un exposé complet chez Demogue, op. cit., T. II, p. 215 et ss.

² Guhl, op. cit., p. 85. Le CO a retenu le moment où l'acceptant adresse sa déclaration à l'offrant, art. 10, al. 1, CO. Cette solution n'est d'aucune utilité dans les cas exceptionnels où le simple silence du destinataire de l'offre vaut acceptation. Il faut alors faire remonter cette naissance à un événement antérieur : le moment où l'offre est parvenue au destinataire qui demeure passif (al. 2). Enfin, la solution légale n'est guère compatible avec la circonstance suivant laquelle le retrait de l'acceptation est possible jusqu'à son arrivée chez le proposant, ou même, selon le cas, jusqu'à ce qu'il ait connaissance de cette acceptation. On admet alors que le contrat est bien conclu antérieurement. Voir Funk, op. cit., p. 9 et 10, Von Tuhr, op. cit., T. I, p. 169, et Traité de droit comparé, op. cit., T. I, p. 283.

que quelqu'un accomplira la prestation et acceptera par la présentation de celle-ci l'offre du promettant.

En ce qui concerne l'incapacité ou la mort du promettant, au premier stade, elles n'ont aucune influence sur la promesse. Les suites qui en découlent se transmettent aux héritiers du promettant. Nous approchons maintenant de la fin de ce deuxième stade, le résultat obtenu, et la promesse de récompense devient, dès cet instant, un contrat. Dès ce moment, on peut dire d'une manière générale que tous les effets prévus dans les dispositions relatives au domaine contractuel peuvent être appliquées. En particulier les effets prévus à l'art. 74 CO, concernant le lieu d'exécution jouent ici pour les deux prestations. Il y a lieu d'appliquer également l'art. 107¹. Sont applicables aussi les règles de la demeure et, le cas échéant, celles des intérêts moratoires (art. 102-104). S'il s'agit d'une promesse réelle, le promettant fautif, mis en demeure, répond également du cas fortuit (rt. 103). En dehors de la mise en demeure, le promettant n'en répond pas ; il ne paie pas non plus en cas de force majeure où le tiers se trouve désarmé. Mais après mise en demeure, la perte de la récompense donne lieu à des dommages-intérêts, car le promettant répond dans ce cas du cas fortuit dont une partie contractante n'a pas à répondre. Si le promettant ne s'exécute pas, le tiers peut demander l'application de l'art. 97 ; le promettant doit alors prouver qu'il n'a pas commis de faute. Si ce dernier refuse d'accepter la prestation, on recourt à la consignation (art. 92, CO, et 293, BGB).

Contrairement au BGB, le CO² ne prévoit rien pour le cas où il y a plusieurs bénéficiaires³. Le cas d'un bénéficiaire unique

¹ Ces art. 107 et ss. déterminent les droits du créancier qui a respecté le contrat dans le cas où la demeure du débiteur se produit à propos d'une convention d'échange de prestations. Voir Funk, op. cit., p. 89.

² Fiches juridiques suisses, no. 118, p. 3, suivant Demogue, T. II, p. 266 : « il est prudent en faisant une promesse de la faire au premier qui... et ce serait plutôt le premier qui a fait l'acte à moins qu'il n'ait trop tardé de réclamer la récompense ».

³ Cet art. 660 est de nature dispositive, les dispositions des art. 317-319 sont applicables par extension en tant que complément du présent paragraphe.

ne pose pas de problème. Soulignons simplement que le droit à la récompense n'est pas strictement personnel, mais transmissible. Une difficulté apparaît cependant au cas où la prestation est fournie par plusieurs tiers, soit successivement, soit simultanément, soit enfin en commun. De toute façon, si le promettant avait pris des précautions, en prévoyant des solutions concrètes aux litiges qui pourraient surgir de sa promesse, il n'y aura pas de difficulté. Si plusieurs tiers parviennent au résultat l'un après l'autre, nous pensons que la récompense ira au premier. Ceci pour la raison que le contrat se forme une fois et que cette formation ne se répète pas, d'où il résulte que tout autre paiement n'est pas libératoire et devra être restitué. Celui qui prétend être le premier doit le prouver. S'il n'appartient pas au promettant de décider du paiement, les contestations entre les tiers seront du ressort du juge. Dans ce cas, le promettant fera bien de consigner la récompense et laissera les ayants droit s'arranger entre eux. Si la prestation est fournie par plusieurs personnes exactement en même temps, ou à des moments rapprochés, si les avis de succès parviennent en même temps au promettant, la récompense est à partager ; chacun en obtiendra une part égale. Si elle n'est pas divisible, le sort décidera. Le litige peut avoir pour parties, les seuls créanciers, mais il se peut que ces derniers demandent une décision contre le promettant. Afin que le différent soit jugé à l'égard de tous, le promettant, dès qu'il est informé par l'un d'eux, devra informer les autres sans délai. Si la récompense est une chose indivisible, il y aura sur elle une copropriété des bénéficiaires. Si tous les bénéficiaires ne sont pas d'accord à ce sujet, le promettant pourra vendre l'objet ou payer sa valeur en espèces. On peut imaginer que le promettant prévoit qu'il ne récompenserait qu'une seule personne encore que la prestation soit susceptible d'être répétée. Dans ce cas, la meilleure solution serait de laisser au sort le soin de départager les prétendants. Il faut admettre en principe que la décision relative à l'attribution de la récompense doit être prise par le promettant avec toutes les possibilités accordées aux bénéficiaires de provoquer des enquêtes et estimations judiciaires à ce sujet.

Il reste enfin une dernière éventualité à envisager : plusieurs personnes ont participé au résultat. Le BGB prévoit dans ce cas le partage juste et équitable par le promettant ou le juge. Si le partage effectué par le promettant est contesté, ce dernier peut refuser le paiement jusqu'à ce que les intéressés se soient mis d'accord. Pour le droit suisse, ces solutions peuvent être prises en considération. Dans tous les cas la prudence est de rigueur et elle consiste à prévoir des droits égaux. Si cette indication n'y est pas, le promettant procédera à un partage honnête et loyal. Chaque prétendant doit auparavant présenter sa prestation. Nous sommes d'avis que le promettant est le mieux placé pour le partage même si rien n'a été prévu à ce propos. Toutefois il est possible que le promettant préfère laisser les intéressés se disputer entre eux et consigne la récompense. Ces derniers peuvent même intenter un procès au promettant pour que le partage se passe par jugement. Si la récompense est divisible, elle se partage ou se vend, sinon elle est payée en parts idéales ou de préférence, vendue et le produit de cette vente ira aux bénéficiaires.

CHAPITRE III

La révocation

A) Nous avons songé un instant à donner au présent chapitre le titre suivant : « Les causes d'extinction de l'obligation prise par le promettant » ; puis nous avons constaté, en y réfléchissant bien, qu'il n'y a, en réalité, qu'une seule cause qui mérite d'être étudiée comme telle : le droit de révoquer la promesse après qu'elle a été émise et régulièrement publiée. C'est pourquoi nous avons choisi le titre actuel qui définit, sinon le seul mode à examiner à ce sujet, du moins le mode le plus fréquent et le plus important qui soit dans ce domaine. Mais avant de procéder à l'examen de la révocation proprement dite, nous mentionnerons certains faits que l'on pourrait considérer comme des causes d'extinction ou d'annulation de la promesse. Eliminons premièrement le cas de l'extinction normale, celui qui consiste dans le paiement, par le promettant, de la récompense. Et passons, ensuite, les autres faits en revue.

B) Il arrive parfois que le promettant et son futur créancier perdent leur capacité au cours du premier stade de la promesse ou bien que l'un des deux meure dans la même éventualité. On peut alors se demander comment les choses vont se passer.

La réponse à cette question varie avec la nature juridique que l'on attribue à la promesse de récompense. En droit français et aussi évidemment dans tous les droits où l'offre n'a pas encore de caractère obligatoire, elle devient sans effet dans de telles circonstances. Pour les partisans de l'engagement unilatéral, par contre, tous les droits et devoirs du promettant

se transmettent automatiquement à ses héritiers ou à son représentant. Remarquons en passant que certains auteurs se sont hasardés à rapprocher les effets de l'incapacité ou de la mort du promettant ou du créancier, de ceux qui résultent d'une révocation pure et simple. Or, pour les défenseurs extrémistes de l'engagement unilatéral, la promesse est absolument irrévocable, et la mort ou l'incapacité ne peuvent rien y changer, ce qui est d'ailleurs fort logique. Par contre, les partisans de la théorie de l'offre voient dans l'incapacité ou la mort une cause d'extinction définitive et cela même si les intéressés n'en sont pas dûment informés. Cette théorie pêche, à notre avis, par le fait qu'elle ne correspond pas à l'intention du promettant, qui peut demander une prestation à durée plus ou moins longue et difficile à prévoir. L'extinction ira alors à l'encontre de ces intentions lorsque les mêmes circonstances subsistent, sans parler du préjudice causé aux créanciers qui sont dans l'ignorance de cette extinction. Pour remédier à cela, il faudrait, pour le moins, faire dépendre cette caducité de la publication de l'événement : mort ou incapacité, afin de protéger « *ex aequo et bono* » la bonne foi publique¹ ou encore en supprimer les effets à l'égard de celui ou ceux qui en ignoraient l'existence.

Avant d'aborder notre principale question : la révocation, il ne sera pas inutile d'examiner encore et brièvement la mort ou la perte de capacité de la personne bénéficiaire² avant,

¹ On pourrait dire du moins que si les héritiers, le tuteur de l'offrant, ne notifie pas au destinataire dans un délai raisonnable, ils seront tenus à indemnité. Il y a là une obligation sous-entendue de respecter la loyauté dans les pourparlers qui est fort raisonnable. Demogue, *op. cit.*, T. II, p. 192, No 560.

² Von Tuhr, T. I, p. 165 ; le CO et le BGB ne contiennent pas de disposition si le destinataire meurt avant l'acceptation. Cette question doit être résolue du point de vue de l'offrant comme suit : « L'offre produit ses effets même arrivée après la mort de l'offrant, si l'acceptant meurt après l'expédition de l'acceptation, mais avant l'arrivée de celle-ci, même solution. Si l'offrant meurt avant l'arrivée de l'acceptation, il faut interpréter l'intention de l'acceptant. Voir aussi Saleilles, *Obligation*, 3me éd., p. 142, No 138 ; aussi Chabas, *op. cit.*, p. 224 ; Demogue, *Traité*, T. II, p. 189 ; Lyon Can et Renault, *Traité de droit commercial*, T. III, Paris, 1923, p. 11, No 15.

bien entendu, la réalisation de la promesse. Cette dernière, ne s'adressant pas, en raison de sa nature même, à un individu déterminé, la personne de cet individu est, en principe, indifférente au promettant, pourvu qu'il fasse partie du cercle indéterminé de personnes auquel s'adresse la promesse. C'est-à-dire, que le promettant a rarement à rechercher si celui qui présente la prestation en est également l'auteur, car le but qu'il poursuit est généralement le résultat final, quelque fois une activité qu'il veut stimuler, mais dans les deux cas sans considération de la personne de celui qui exécute le travail. L'héritier de l'auteur de l'œuvre, totalement ou partiellement exécutée, pourra donc la présenter après l'avoir achevée, si elle avait été laissée incomplète et demander la récompense sans que le promettant puisse lui objecter qu'il n'en est pas l'auteur. Mais, si l'on veut suivre la fiction de la théorie de l'offre, c'est uniquement celui qui a accompli la prestation qui doit être considéré comme l'acceptant de la promesse ; tout ce qui se passe avant ce moment est sans importance, c'est avec celui qui a objectivement fourni le résultat que le promettant entend entrer en rapport et c'est donc lui qui est véritablement le bénéficiaire de la promesse. Ajoutons pour terminer, que la créance de ce dernier contre le promettant est acquise sans qu'il soit nécessaire de prendre connaissance du succès de son travail lorsqu'il s'agit d'une promesse relative. Donc, si l'ayant droit meurt avant d'avoir présenté son travail, ou après, mais avant que le concours ait eu lieu, ses héritiers obtiendront, le cas échéant, la récompense. Y a-t-il de bonnes raisons pour la leur refuser sous prétexte que le promettant avait l'intention de récompenser les mérites personnels de l'auteur ? Nous ne le croyons pas car, du moment que l'œuvre a été achevée et qu'elle correspond aux conditions requises pour l'obtention du prix, la créance de ce prix est entrée dans le patrimoine de l'auteur et a été transmise à ses héritiers. Il n'en sera autrement que si la promesse prévoit expressément la présentation du résultat par son auteur en personne. Il en sera de même si la récompense était uniquement destinée à satisfaire aux besoins personnels de l'auteur, à lui faciliter, par exemple, la continuation de ses études.

C) La révocation¹ est en somme l'opération par laquelle l'auteur d'une promesse, dûment publiée, la retire avant que la prestation soit présentée ou qu'il soit porté à sa connaissance que le résultat demandé est acquis. C'est donc une action fort importante et qui a pour conséquence la rupture complète du déroulement normal des événements. En fait, tout le problème se trouve résumé dans ces trois questions :

1. Le promettant peut-il retirer sa promesse ?
1. Comment doit-il procéder ?
3. Quelles sont les conséquences de ce retrait ?

1. Rappelons tout d'abord que l'importance du problème existe essentiellement sur le plan pratique et qu'il ne faut jamais perdre de vue que notre institution est une construction tout à fait particulière. C'est pourquoi nous n'avons aucun intérêt à nous engager ici sur le terrain doctrinal qui est, du reste, très controversé, pour justifier le principe que le législateur a consacré dans le second alinéa de l'art. 8. Cet alinéa a été même le plus en vue lors des débats au Conseil des Etats² concernant la promesse de récompense.

Cette disposition est, à notre sens, sans fondement théorique, car ni la théorie de l'offre, ni celle de la promesse unilatérale ne peuvent nous fournir une explication convaincante de ce droit. Ceci est d'autant plus clair et incontestable, du moins en droit suisse et allemand, que l'offre a un caractère nettement obligatoire. Par conséquent, dans ces deux législations, l'offre n'est

¹ La révocation est l'œuvre du déclarant. La manifestation peut être révoquée jusqu'au moment de sa perfection ou de son efficacité. L'expression de révocation ne désigne pas toujours le même acte juridique. En effet, il y a trois sortes de révocation. En premier lieu, il y a révocation d'une manifestation de volonté en voie de formation. La seconde catégorie de révocation est celle qui s'applique à une manifestation de volonté déjà accomplie, mais qui n'a pas encore réalisé ses effets. On appelle encore révocation un acte juridique assez différent de ces deux premières catégories, c'est la révocation d'une manifestation qui a déjà reçu son efficacité juridique : mandat. Voir sur tous ces points, Durma, op. cit., p. 494, No 426 et ss.

² Conseil des Etats, Bulletin sténographique officiel de l'Assemblée Fédérale suisse, 21me année, p. 162.

pas révocable même avant qu'elle n'ait été acceptée. Ce nouveau système paralyse la valeur de l'offre sur ce terrain¹. D'autre part, il n'est pas moins évident que l'irrévocabilité constitue une conséquence nécessaire de l'engagement par volonté unilatérale. Il est donc parfaitement inutile de se perdre en conjectures et hypothèses plutôt aléatoires et mieux vaut rendre grâce au législateur suisse qui a consacré tout le deuxième alinéa de l'art. 8 du CO au problème de la révocation : « S'il — le promettant — retire sa promesse avant qu'une prestation lui soit parvenue, il est tenu de rembourser, au plus jusqu'à concurrence de ce qu'il avait promis, les impenses faites de bonne foi, à moins cependant qu'il ne prouve que le succès espéré n'aurait pas été obtenu. »

2. Examinons maintenant de quelle manière ce retrait devient effectif. Il peut se faire jusqu'au moment de la présentation du résultat et dans la forme de la promesse, information publique. Cette correspondance des formes est expressément requise par le législateur d'outre-Rhin².

La raison de cette exigence est manifeste, il est, en effet, juste et équitable de protéger par cette mesure ceux qui ont déjà œuvré en vue de l'obtention du résultat ou même ceux-là qui ont seulement eu l'intention d'entreprendre le travail demandé. Or, il n'y a que la publication de la révocation qui peut garantir la connaissance en temps opportun. Il est à remarquer que cette publicité, si possible dans la même forme que celle de la promesse, n'est pas explicitement prévue par le législateur suisse qui reste fidèle en cela à sa façon laconique de traiter l'institution et ceci contrairement à une réglementation tradi-

¹ « Le promettant a le droit de retirer son offre, en dérogation opportune à l'art. 5 du CO, encore que cette offre soit parfaite, étant connue du public ; aussi bien, ce retrait doit-il être déclaré publiquement à l'instar de l'offre qu'il révoque, c'est-à-dire par des moyens identiques et également efficaces, à défaut de quoi il serait inopposable au tiers de bonne foi ; le promettant doit aussi, sous peine de nullité, faire sa déclaration de retrait avant qu'une prestation lui soit parvenue, c'est-à-dire avant qu'elle ait été portée à sa connaissance. » *Fiches juridiques*, No 118, p. 3 ; *Fick*, op. cit., p. 38, chapitre 15.

² BGB, paragraphe 658.

tionnellement détaillée dans le BGB. Une telle réglementation n'a pas été jugée nécessaire là où l'usage a trouvé, tout seul, des solutions en cas de litige. C'est ce qui nous semble très pertinent ici par exemple, où la correspondance des formes s'impose par la nature même des choses sans qu'elle ait besoin d'être édictée légalement. Il ne faut pas, néanmoins, aller trop loin et exiger une correspondance absolue des formes¹. Tout moyen de publicité est suffisant, même s'il diffère de celui de la promesse, à condition qu'il soit aussi efficace. Si, par exemple, une promesse a été faite oralement, elle peut bien être retirée moyennant un article passé dans les journaux. Par contre, si la promesse avait été publiée dans un journal, il faudrait, autant que possible, qu'elle soit révoquée par un entrefilet inséré dans le même journal. Si, entre temps, ce dernier a cessé de paraître, il suffit de passer l'annonce dans un journal de même importance et paraissant dans la même localité, si possible.

Quelques divergences d'opinion, encore que peu fréquentes et sans grande importance, peuvent s'élever au sujet de cette publicité. Il n'est pas inconcevable, par exemple, qu'un bénéficiaire arrive à établir son ignorance² de la révocation même dûment publiée, parce qu'il lui était impossible de la connaître. Dans ce cas, on ne pourrait, raisonnablement, refuser la récompense à ce tiers. Autre exemple, lorsqu'un promettant, pour une raison ou une autre, préfère communiquer la révocation à telle ou telle personne exclusivement, le procédé doit être, à notre sens, considéré comme efficace à l'égard de cette seule personne. Enfin, lorsque la promesse a été communiquée de bouche à bouche, le promettant n'est pas obligé de suivre la même

¹ Comme dit très justement Funk, *op. cit.*, p. 9 : « Le retrait devra être publié de la même manière que l'a été l'offre ou d'une façon analogue » ; « voisine ou par avis spécial. » D'après l'art. 710 du Code hellénique. On sait qu'il est possible de renoncer dans l'offre au droit de retrait, Fick, p. 39, chiffre 17 ; Chabas, p. 220.

² Art. 860 A du Code autrichien : mais la révocation est sans effet vis-à-vis de celui qui accomplit la prestation en vue de la sollicitation, s'il établit qu'il n'avait pas connaissance à ce moment de la révocation et cela sans qu'il y ait de sa faute.

voie pour la révoquer. Ces variations, en fait sans gravité, passent à l'arrière-plan du problème. Toutefois, le juge doit se garder de les négliger ; il doit y porter, au contraire, son attention car son rôle d'appréciation est basé avant tout sur le principe de la bonne foi.

Il va de soi que le promettant a la possibilité de révoquer, non pas la promesse tout entière, mais seulement une partie. Qu'on veuille bien se souvenir à cet effet de l'adage fameux « qui peut le plus, peut le moins ». De cette façon, une partie de l'acte juridique sera retirée, le reste demeure inchangé. Par contre, dans une révocation totale, tout l'acte est en quelque sorte effacé et il peut évidemment être remplacé par un autre. Enfin, l'on peut fort bien concevoir une révocation tacite dans le cas, par exemple, d'un « acte concluant »¹.

Nous allons à présent envisager les conséquences de la révocation relativement aux prétentions de ceux qui s'estiment lésés par elle.

Souvenons-nous tout d'abord que cette révocation est, en principe, accordée par la loi, donc aucune faute ne peut être imputée au promettant lorsqu'il exerce son droit. La révocation libère donc le promettant de toute action en exécution de son engagement. Cependant, tous les droits des personnes qui ont répondu à la promesse ne doivent pas s'éteindre. La question qui se pose ici est de savoir si des personnes qui, connaissant la promesse et ayant agi en vue d'effectuer la prestation, auraient droit, dans le cas d'une révocation, à une indemnité pour leur travail et leurs dépenses. L'ancien droit s'était déjà penché sur cette question. Savigny fondait l'octroi d'une indemnité sur la notion du dol, car le promettant ne peut pas ignorer que, sur la foi de sa promesse, certains vont entreprendre un travail et même effectuer des dépenses à cette fin. L'intention dolosive

¹ Ou, comme disent les traducteurs de Von Tuhr, acte indice de volonté, T. I, p. 137. A l'encontre de ce qui se passe dans la déclaration, l'acte concluant ne présuppose pas nécessairement la volonté de déclarer. Ces actes sont précisément des indices dont on déduit la volonté de conclure en tenant compte des circonstances et de l'expérience de la vie. Il n'est pas nécessaire que leurs auteurs aient eu conscience que ces actes étaient concluants et ils peuvent même avoir l'intention de les tenir en secret.

peut en effet, exister chez certains promettants, mais le point faible de cette argumentation réside justement dans la nécessité de prouver cette intention dolosive chez un promettant. Du fait même de la révocation, légalement octroyée, on ne peut déduire aucune intention abusive ou arbitraire. Selon le système objectif¹ de l'abus de droit qui est également le système suisse², on abuse de son droit seulement lorsqu'on attente manifestement à l'intérêt légitime d'autrui sans qu'il y ait pour l'auteur de l'attentat aucun intérêt légitime à le faire³. En d'autres termes, il faut établir que le promettant n'a révoqué qu'avec l'intention de nuire aux tiers sans qu'il y trouve lui-même un intérêt digne de protection ou, pour suivre Jhering, juridique-

¹ C'est-à-dire, comme le relève Josserand, dans l'esprit des droits et de leur relativité « que l'on adopte comme pierre de touche de l'abus de l'intérêt économique ou la fonction sociale auquel ressortissait nos différents droits et le système opposé se réfère à un critère subjectif et purement intentionnel, p. 385 ; voir encore sur cette notion, Planiol, Ripert et Esmain, T. VI, p. 801, No 575 et ss. ; Colin et Capitant, 8me éd., T. II, p. 186, No 195 ; Ripert, La règle morale, 13me éd., p. 169, No 90 et ss.

² Art. 691-707 CC suisse qui prescrivent au titulaire d'un droit d'intérêt minime pour lui d'y renoncer au profit d'un tiers auquel le refus nuira gravement ; aussi Tuor, 1942, p. 44. L'intention malveillante, dit cet auteur, n'est pas si strictement nécessaire, il suffit qu'on soit objectivement en présence d'un abus. Cf. cependant les conditions de l'application de l'art. 2 et ses conséquences, p. 43-46 ; aussi Rossel et Mentha, Manuel de droit civil suisse, T. I, 2me éd., No 55-56 et 58. « L'alinéa 1er, art. 2, traite de la bonne foi objective, l'art. 3 se réfère à la bonne foi subjective. »

³ Planiol, Ripert et Esmain, op. cit., T. VI, No 574, p. 801. Les auteurs discutent si l'intention malveillante vicie l'acte même profitable à son auteur, lorsqu'elle en constitue le mobile principal et déterminant. Le problème n'a aucun intérêt théorique s'il est vrai que c'est l'utilité de l'acte qui le fait déclarer abusif ou bien en effet, le profit est insignifiant et il n'a pas à en tenir compte ou bien, il est appréciable et alors seul le caractère illégitime peut rendre l'acte illicite. Sur l'intention de nuire, voir surtout Colin et Capitant, op. cit., 8me éd., T. II, p. 189, No 198 lettre A ; Cf. également l'art. 226 du BGB et 2 du CC ; aussi 74, al. 2, du projet franco-italien. « Doit réparation celui qui a causé un dommage à autrui, en excédant, dans l'exercice de son droit, les limites fixées par la bonne foi ou par le but en vue duquel ce droit lui a été conféré. » Ici, il n'est pas indispensable de rechercher l'intention dolosive, il suffit de relever dans la conduite de l'auteur l'absence des précautions que la prudence de l'homme attentif lui aurait inspirée.

ment protégé. Jhering, lui, est d'avis qu'on justifie l'indemnité par une « culpa in contrahendo ». Son raisonnement est le suivant : des travaux ont été entrepris sur la foi d'une promesse de récompense, si cette dernière vient à être révoquée, la confiance qu'on avait en elle est frustrée donc, pour satisfaire à l'équité, il faut une compensation : indemniser le lésé. Mais si l'on suit à la lettre la théorie de Jhering, on peut mettre le promettant dans une situation difficile en l'obligeant à indemniser toutes les personnes qui ont entrepris le travail.

Quant à V. Mayer, il prétend que cette interprétation ne cadre pas avec la promesse de récompense. En effet, dit-il en substance, celui qui travaille à obtenir le résultat ou même qui l'a déjà obtenu n'est jamais obligé envers le promettant. D'autre part, ce dernier n'entend s'obliger que si le résultat est obtenu. Il ne sera peut-être pas inutile de penser à fonder l'indemnité sur le fait que le promettant commet une atteinte à la « bonne foi objective ». La première règle de droit étant, en effet, que l'homme ne peut abuser impunément de la confiance de son semblable¹. Ceci n'est même pas une règle propre au droit du contrat, mais un axiome de portée générale². Il s'ensuit que le promettant ne doit pas se rétracter. S'il le fait, il faut qu'il répare le dommage causé par sa rétractation. Cependant, cette règle plutôt philosophique ne doit pas jouir ici d'une grande autorité. Si générale qu'elle soit, son champ d'application ne touche pas à notre domaine. La personne qui entreprend une activité à la suite d'une promesse publique s'expose, sans compter

¹ Colin et Capitant, op. cit., T. II, p. 187.

² Voir Ripert, La règle morale, 3me éd., p. 169, No 90 ; aussi du même auteur, Le régime démocratique et de droit civil moderne, Paris, 1936, p. 230 et ss. Sur la nouvelle théorie de l'abus de droit, voir Cornil, Droit privé, 1924, p. 102, et Ripert, p. 234, « il ne s'agit plus de censurer celui qui voudrait se couvrir de son droit pour nuire volontairement à autrui, ni même celui qui a commis une faute dans l'exercice de ses prérogatives. Ce qu'on veut maintenant, c'est obliger chaque titulaire d'un droit privé à déclarer pourquoi il a agi, afin de le désarmer si l'on estime que son action est contraire à l'intérêt social. » Chabas, op. cit., p. 220 et ss., essaie de construire ici une théorie sur la responsabilité délictuelle du promettant qui révoque sa promesse. Il passe en revue les différentes hypothèses qui peuvent se présenter à ce propos.

la non-réussite de ses efforts, à un double péril : révocation et refus de la récompense au cas où le résultat ne correspond pas à ce qui avait été demandé. Ces risques, elle les connaissait d'avance et aurait pu les éviter si elle s'était gardée de se conformer à la promesse. Or, on ne peut s'adresser au promettant et lui dire qu'il a causé, en révoquant sa promesse, un préjudice à cette personne ; et ce n'est donc pas à lui, promettant, qu'incombe la réparation du dommage. On voit par là qu'une position nette n'est pas aussi simple à prendre qu'on pourrait le croire. C'est pourquoi nous quittons le terrain dogmatique qui ne saurait ici, comme pour la révocation elle-même, nous conduire à une institution raisonnable et juridiquement valable. Et nous nous limiterons aux solutions du droit positif. Il faut noter tout d'abord que le nouveau CO fut le premier à prévoir le principe de verser des dommages-intérêts en cas de révocation. Donc, c'est le législateur suisse qui ne s'est pas ému outre mesure devant ce problème et lui a trouvé une solution judicieuse. Le projet du Code des obligations et des contrats franco-italien nous en fournit également une preuve dans son article 4. Ce texte a dû, en effet, être inspiré dans une large mesure par le législateur suisse. Cette solution qu'énonce le second alinéa de l'article 8 subordonne le droit de révocation à la condition de dédommager ceux qui, de bonne foi, ont fait certaines dépenses. Cependant, le promettant peut se délier même de cette obligation s'il administre la preuve que la prestation demandée n'aurait été obtenue.

C'est, en somme, l'obligation d'indemniser sous certaines conditions qui doivent toutes être réunies afin de condamner le promettant à rembourser les impenses faites par un tiers. Le député Muri voulait, à juste titre, faire entrer dans ce terme « impenses » toutes les démarches et travaux qu'on a entrepris. Aussi le dédommagement s'applique-t-il à ce qui a été tenté et fait entre le moment où le tiers a eu connaissance de la promesse et celui où il a appris sa révocation. Les conditions à remplir pour que les impenses soient remboursées sont, d'après Martin¹, au nombre de quatre :

¹ Martin, *op. cit.*, p. 21-22 ; aussi Oser, *op. cit.*, p. 74, No 39.

1. Elles doivent avoir été faites à cause de la promesse. Il faut donc que la personne ait agi, perdu du temps, fait des démarches, pour qu'elle puisse exercer son droit à l'indemnité en cas de révocation. Il va sans dire que les activités du demandeur doivent, dans des circonstances normales, conduire au but. Si elles n'ont pas été entreprises en vue du résultat voulu, le tiers n'a aucun droit à être indemnisé¹.

2. Elles doivent avoir été faites de « bonne foi », loyalement et raisonnablement. Autrement dit, l'indemnité ne peut couvrir des activités contrevenant au principe de loyauté et de confiance. Il en est de même si ces impenses ont été faites dans l'ignorance de la promesse. L'obligation du promettant répond ici au désir de protéger la bonne foi publique, elle trouve sa genèse dans la mise en danger des transactions sociales. Aussi celui qui aurait fait des travaux antérieurs à la promesse n'a aucune prétention légitime à émettre.

3. L'indemnité ne peut dépasser, en tout cas, le montant de la récompense promise, car les circonstances étant plus favorables et la révocation n'ayant pas eu lieu, le tiers pourrait toucher le prix qui, d'ailleurs, peut fort bien être inférieur à ses impenses.

Pour ceux qui défendent la base contractuelle de la promesse, le tiers ne peut évidemment prétendre qu'à des dommages-intérêts négatifs, c'est-à-dire qui compensent les travaux et démarches que le tiers n'aurait pas faites si la promesse n'avait pas été faite. Il ne peut, en aucun cas, prétendre aux « dommages-intérêts positifs » qui sont toujours plus élevés et s'il a fait des débours supérieurs à ces « dommages-intérêts négatifs », la différence est à sa charge. Si plusieurs personnes se sont mises en devoir de fournir la prestation, le promettant devra-

¹ Suivant Martin, l'auteur d'un travail déjà terminé avant la publication de la promesse ne peut pas se faire rétribuer en cas de révocation. Pour Oser, op. cit., p. 74, No 30, lettre A, comme les impenses doivent être faites sur la base de la promesse, n'entrent donc pas en ligne de compte, les travaux achevés, ou, dans l'ignorance de la promesse, ou encore sans l'intention de toucher le prix. Le réclamant se charge de faire la preuve que ces impenses ont été faites en vue de la promesse.

t-il payer à chacune d'elles le montant promis ou seulement à l'une d'entre elles ? La loi n'est pas claire sur ce point et pourtant le cas se présente fréquemment. Théoriquement, il semblerait qu'il doive le faire à titre d'indemnité, bien entendu, à chaque intéressé et pour la somme promise.

Logiquement, toutefois, il paraît qu'il n'est tenu de la verser qu'une seule fois. Il serait en effet inique et illogique de forcer le promettant à effectuer plusieurs paiements qu'il n'avait pas imaginés en faisant sa promesse. En fait, il nous semble que le promettant a voulu affecter à cette entreprise une somme déterminée, ou quelque chose de concret, que chaque tiers devrait compter avec ce qui a été annoncé en tenant compte du fait que beaucoup d'autres que lui peuvent avoir les mêmes prétentions sur la même récompense. Une solution contraire pourrait, d'autre part, conduire à une autre injustice selon laquelle les tiers seraient dans une situation favorable et meilleure que si la promesse n'avait pas été révoquée.

En effet, lorsqu'il n'y a pas de révocation, le promettant ne paie qu'une seule fois la récompense, même s'il y a plusieurs bénéficiaires ayant effectué des impenses qui dépassent de loin le montant de la dite récompense. Comment admettre alors qu'en cas de révocation, ces bénéficiaires puissent demander une indemnité, allant jusqu'à la récompense, pour chacun ? Enfin, dans le cas d'une révocation totale, le promettant est tenu de payer tout le montant de la récompense. Mais, s'il s'agit d'une révocation partielle, il ne répond que de la partie révoquée pour autant que la personne intéressée ne prouve pas que ce retrait limité couvre la totalité de ses impenses.

4. Les impenses ne seront pas remboursées si l'auteur de la promesse prouve que le succès espéré n'aurait pas été obtenu, si celui qui réclame une indemnité n'aurait reçu aucune récompense dans le cas où la promesse n'aurait pas été retirée¹.

¹ Oser explique cette éventualité comme suit : « Etant donné que dans certains cas, le tiers ne peut que difficilement apporter la preuve du succès du fait demandé et que le promettant a créé par sa promesse une situation apparente dans laquelle on peut placer sa confiance ; on charge le promettant de fournir, lui, la preuve que les travaux commencés n'auraient quand même pas atteint leur but. » Op. cit., p. 74.

CHAPITRE IV

La nature juridique de la promesse de récompense en droit suisse, suivie d'une vue d'ensemble sur la théorie de l'engagement par volonté unilatérale

Comme on peut le voir d'après le titre, nous allons consacrer le présent chapitre aux questions dogmatiques : celle d'abord qui intéresse directement l'institution que nous étudions et celle, ensuite, qui l'intéresse d'une manière indirecte, c'est-à-dire qui concerne la promesse de récompense en tant qu'institution typique de l'engagement par volonté unique considérée comme source possible de l'obligation. Ce chapitre se subdivise en deux sections : dans la première nous étudierons la question sous l'angle du droit suisse et la deuxième sera constituée par une étude générale sur la théorie de l'engagement unilatéral dans son ensemble. Au sujet de la première section, cependant, nous voudrions faire la remarque suivante : c'est que l'intérêt suscité aujourd'hui par la nature juridique de la promesse publique n'est pas aussi grand qu'autrefois. Il est vrai que de nombreux théoriciens se sont penchés sur ce problème avec plus ou moins de perspicacité. Mais, comme à l'heure actuelle, la plupart des législations prévoient ce genre de promesse et là où elle n'est pas légalement prévue, la jurisprudence la sanctionne, l'intérêt pratique de la controverse a grandement baissé. Or, il nous a semblé que la querelle au sujet du fondement juridique de la promesse appartient plutôt au passé et cela depuis que l'exposé des motifs du BGB a pris l'initiative en adoptant ici, la théorie de l'engagement par volonté unilatérale. Cette adoption, nous la trouvons naturelle puisqu'elle est l'aboutissement d'une longue controverse développée dans une abondante littérature juridique.

Mais nous n'avons pas jugé bon de nous engager dans un vaste exposé théorique qui serait, à notre sens, sinon sans issue, du moins sans grande utilité. Et comme notre principal objectif est l'examen du droit suisse, il nous a paru suffisant de nous borner à tirer au clair la position du législateur helvétique en face de ce problème. D'ailleurs, nous n'avons pas oublié, tout au long de cet ouvrage, de nous soucier spécialement de cette question dans les différents droits que nous avons passé en revue.

Quant à la deuxième section de ce chapitre, nous avons cru qu'au lieu de nous perdre dans les ténèbres de la controverse, aussi gigantesque que byzantine, soulevée autour du problème, il était préférable de nous engager dans une étude d'ensemble de la théorie de l'engagement par déclaration de volonté individuelle, théorie qui gagne de plus en plus de terrain et sur laquelle le dialogue est toujours vivant — surtout en France où il a divisé les auteurs en deux camps — et de démontrer que cette théorie pourrait parfaitement coexister avec celle du contrat et que, dans certains cas, elle est aussi justifiée que cette dernière.

Section 1

Nature juridique de la promesse en droit suisse

Le législateur suisse, à l'inverse du BGB ne s'est pas préoccupé, ici, de la source de l'obligation du promettant. De même, les travaux préparatoires et l'exposé des motifs relatifs au CO, gardent un silence complet sur la position adoptée à cet égard. C'est pourquoi les juristes suisses ne sont pas d'accord sur la nature juridique qu'il faut attribuer à cette promesse. Les uns la classent en se basant sur la théorie dite de l'offre¹ et consi-

¹ Nous laissons de côté une vieille opinion complètement abandonnée actuellement, mais que l'on mentionne encore en tant que vestige du passé, (voir par ex. : l'article de M. Raschle dans la Revue Suisse de Jurisprudence, T. 8, p. 249 et ss.). Cette opinion consiste à voir dans la promesse un contrat avec une « persona incerta » qui devient parfait au moment de la publication. Ce point de vue ne mérite même pas d'être indiqué tant

dèrent, par conséquent, l'obligation du promettant comme une obligation contractuelle. En faveur de cette thèse, M. Edouard Beguelin a écrit ceci : le législateur suisse s'est rallié à la théorie de l'offre qui construit la promesse par une offre « *ad incertam personam* » dont l'acceptation déterminera la conclusion du contrat en vertu duquel seulement le promettant est tenu au paiement du prix. Dans le système du CO, l'« *Auslobung* » doit donc être considérée comme une offre et l'obligation du promettant à le payer est une obligation contractuelle (Fiches juridiques suisses, No 118, p. 1). Tel est, en substance, le mécanisme juridique qui semble encore¹ prévaloir en droit positif suisse. Cette théorie, dite de l'offre, est également soutenue par Fick² qui dit : « D'après notre nouveau Code, elle (la promesse) constitue une offre conditionnelle de lier contrat. » Martin se demande : « Le promettant est-il lié par le seul fait de la promesse publique ? La question est controversée en théorie. Les uns invoquent la règle générale suivant laquelle une promesse unilatérale n'engage pas son auteur, tant qu'elle n'a pas été acceptée. Les autres enseignent au contraire, que celui qui a fait la promesse est lié avant toute acceptation et qu'une fois manifestée publiquement, la promesse ne peut pas être révo-

que les dispositions actuelles sur la conclusion du contrat ne seront pas modifiées ; car un contrat ne saurait en aucune manière être conclu entre le promettant et une personne inconnue de lui (Cf. Edmond Sallé, L'évolution technique du contrat et ses conséquences juridiques, Paris, 1930, p. 97, qui souligne très justement l'impossibilité d'une acceptation par personne indéterminée puisque l'acceptation doit parfaire le contrat et que l'on ne saurait concevoir une convention dont les parties resteraient indéterminées.) Cela constitue, de toute évidence, une « *contradictio in adjecto* ». Toutefois, Raschle affirme que cette pensée doit être considérée comme exacte en parlant de l'art. 8, al. 2, qui prévoit la révocation avec remboursement des impenses faites de bonne foi en vue de la promesse. Revue Suisse de Jurisprudence, op. cit., paragraphe 3, chiffre 1, p. 250 ; aussi Costiner, op. cit., p. 89 et 90 ; Anna Goldberg, op. cit., p. 70.

¹ Haberstich, op. cit., p. 160, s'est déjà demandé « s'il faut considérer la promesse comme une offre de contrat. Cette question ne peut recevoir de solution qu'en tenant compte des faits concrets qui donnent naissance à la promesse. »

² Op. cit., p. 37.

quée.»¹ Rossel, lui aussi, penche plutôt vers cette thèse, bien qu'on puisse dire de lui qu'il est indécis. « Si l'on admet, comme le TF, que la promesse ne constitue que l'offre de conclure un contrat, ce contrat unilatéral n'oblige que le promettant.»²

Il est à remarquer, à ce propos, que sur le plan doctrinal³ les défenseurs de cette opinion ne cherchent pour ainsi dire pas à la justifier théoriquement. Peut-être se sentent-ils fort en se retranchant derrière l'argument tiré de la place qu'occupe l'article 8 dans le CO. Parmi les partisans de la conception susdite, il faut citer encore Oser⁴. Son point de vue s'achemine suivant notre remarque, plus vers une « économie judicieuse des forces »⁵ que vers une contribution effective à la solution juridique du problème. Celui-ci, dit-il, ne doit pas être, d'ailleurs, surestimé, vu que l'effet majeur de l'institution est expressément prévu par la loi. Suivant cette manière de voir, il estime qu'il ne faut pas attacher beaucoup d'importance à l'emplacement de l'article 8. Ce qui lui paraît souhaitable, c'est d'interpréter les faits selon les règles et principes connus. Et comme le Code ne parle nulle part de la volonté unilatérale en tant que source générale

¹ Martin, *op. cit.*, p. 20.

² Manuel du droit fédéral des obligations, T. I, p. 40, 1920.

³ Le problème théorique du fondement juridique de la promesse ne semble avoir en Suisse qu'une importance minime. On peut constater cela dans les commentaires que nous avons cités à la page précédente et voir comment ces auteurs ont passé devant ce problème sans éprouver le besoin de s'y arrêter. Rossel, par ex., estimant que le TF a tranché la question en faveur de la théorie de l'offre, remarque simplement qu'il s'agit ici d'un contrat unilatéral. Martin pose le problème à l'interrogation et ne prend pas de position nette. Quant à Guhl, disons qu'il penche plutôt pour l'engagement unilatéral.

⁴ *Op. cit.*, p. 69-70, No 13.

⁵ Cette idée est une application de la loi du moindre effort, qui appartient surtout à l'ordre économique dont Demogue nous parle en ces termes : Les législations de l'Occident, très soucieuses du développement des transactions, de l'activité, ont dû naturellement se préoccuper de ménager les instants de chacun dans la confection des actes juridiques, dans la vie juridique en général, pour que chacun puisse, en définitive, faire plus de choses, pour que les richesses se développent ainsi davantage. Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé*, Paris, 1911, p. 111.

d'obligation, il faudrait alors élargir la notion de l'offre pour qu'une explication du problème soit possible sur cette base. Suivant Funk¹, la promesse publique visée à l'article 8 consiste à s'obliger publiquement à payer une rétribution à celui qui entreprendra une activité déterminée. Mais il ressort bien de ces notes que l'idée de l'offre est en vue. Pour Guhl², « si la promesse publique est considérée comme une promesse unilatérale, toutes les difficultés que représente cette institution se résolvent aisément. Mais lorsque, d'après la place de l'article 8 dans le CO, on en fait une offre conditionnelle à des personnes indéterminées, il faut bien admettre certaines dérogations aux principes généraux. » On voit bien que cet auteur a très justement remarqué l'insuffisance de la théorie de l'offre. En effet, il a enseigné auparavant la nécessité d'admettre l'engagement unilatéral comme une source générale de l'obligation³.

Cette opinion plutôt classique qui consiste à compter la promesse au nombre des offres nous amène à considérer sa valeur exacte à la lumière des principes actuels.

Nous admettons volontiers le fait que la promesse et l'offre se rattachent toutes deux à la seule déclaration de volonté de leurs auteurs, qu'elles déploient leurs effets juridiques par la seule vertu de cette manifestation de volonté juridique. Bien plus, nous n'estimons pas indéfendable l'idée que la promesse peut paraître, dans une certaine mesure comme une offre au public⁴.

¹ Commentaire du Code fédéral des obligations, traductions française, 1930, p. 8.

² Guhl, op. cit., p. 86.

³ Idem, p. 74.

⁴ En règle générale, a dit Von Tuhr, op. cit., p. 160, T. I, note 6. « L'offre est adressée à une personne déterminée et connue de l'offrant. Mais elle peut aussi s'adresser à toute personne qui en aura connaissance et qui voudra l'accepter. Un exemple de cette offre est l'installation d'un automate de vente et l'exposition de marchandises avec indication du prix, art. 7, alinéa 3, du CO. » La jurisprudence suisse a aussi eu l'occasion de s'expliquer à l'égard des offres au public que la pratique a rendues multiples. Dans un arrêté publié dans le JDT, 1922, p. 425 et ss., la Cour suprême a dit ceci : « Lorsque l'auteur de l'offre a manifesté la volonté de se lier

Dans le même ordre d'idée, nous irons plus loin. En effet, depuis que les offres à des personnes absentes sont concédées et réglementées, il semble parfois indifférent qu'une personne soit absente ou indéterminée. Il n'est pas difficile de voir là une conséquence naturelle de l'évolution sociale qui entraîne forcément une autre évolution parallèle dans le droit. Si je fais, par exemple, une offre à une certaine maison de commerce, ma proposition pourra être valablement reçue et acceptée même quand la maison a changé de propriétaire¹. C'est, d'ailleurs, ce qui se passe souvent pendant le temps plus ou moins long qui sépare nécessairement l'offre et l'acceptation.

En tant qu'avocat de cette thèse, nous n'avons plus rien à ajouter à son actif et l'assimilation de la promesse à l'offre doit s'arrêter là. Car ces deux espèces de déclarations de volonté juridique vont maintenant prendre des directions différentes.

C'est ainsi que l'offre (tout comme dans la règle générale, l'acceptation et le retrait de l'offre), rentre dans la catégorie des manifestations sujettes à réception, tandis que la promesse figure justement au nombre des manifestations n'exigeant pas réception². Ces dernières obligent³, du moment où elles se détachent de leurs auteurs et produisent leurs effets lorsqu'elles sont reconnaissables, c'est-à-dire publiées dans les formes prescrites et plus généralement, parviennent à la connaissance de leurs destinataires⁴. La publication donne, en effet, à chacun la possibilité d'en prendre connaissance et, le cas échéant, d'agir

à l'égard d'une personne quelconque, pour autant que celle-ci ne se lie elle-même que dans le sens prévu, c'est qu'il n'attache pas d'importance à la personne de son cocontractant, mais bien à un certain résultat économique, et il n'y a pas de raison d'ordre public pour s'opposer à cette volonté.» Et l'arrêt ajoute : « La promesse publique, du moins du point de vue de la théorie des contrats, repose sur des bases identiques. »

¹ Il y a cependant lieu, ici, de bien déceler l'intention de l'offrant et la nature de l'affaire.

² Von Tuhr, *op. cit.*, p. 144 et ss.

³ Guhl, *op. cit.*, p. 76 ; aussi Von Tuhr, *op. cit.*, p. 145, T. I.

⁴ Voir sur ce sujet notamment Durma, *op. cit.*, p. 368 et ss. Dans les manifestations de volonté, la personne du destinataire s'oppose à celle du déclarant du moment que c'est vers elle que doit se diriger la déclaration.

en conséquence. Une autre différence assez remarquable entre l'offre et la promesse est la suivante : dans cette dernière, en effet, le futur créancier apporte sa prestation sans faire de déclaration d'acceptation et par ce fait même il peut faire valoir ses droits à la récompense. La présentation du résultat suffit à elle seule, à obliger le promettant de s'exécuter. Cela veut dire que la promesse constitue de par la loi un acte parfait qui crée une obligation. Par contre, l'offre ne constitue qu'une partie de l'acte juridique, qui est le contrat, il faut encore la déclaration d'une autre personne pour le parfaire. Cette double déclaration n'est pas du tout nécessaire à la promesse où un seul fait matériel suffit : la présentation du résultat demandé.

D'autres auteurs suisses ont adopté la conception allemande : celle de l'engagement par volonté unilatérale. On peut voir là un des cas de l'influence juridique allemande sur la doctrine — et aussi la jurisprudence suisse. Parmi eux, il faut surtout citer le nom de l'éminent juriste Von Tuhr. Après avoir souligné que le législateur semble considérer la promesse comme une offre publique, à cause de sa place, il a ajouté : « Mais, à mon sens, il faut y voir plutôt un acte juridique unilatéral »¹. Von Tuhr a, par ailleurs, des vues catégoriques, en ce qui concerne les sources ou, suivant ses traducteurs, « les causes » des obligations².

Remarquons tout d'abord que le CO n'a pas envisagé la volonté unilatérale comme source générale d'obligations. En principe, « les obligations naissent en droit suisse, de trois sources différentes, le contrat³, l'acte illicite⁴ et l'enrichissement illégitime⁵ ». Toutefois, cette énumération n'est pas exhaustive, par conséquent, selon ce même droit, la promesse unilatérale ne saurait être

¹ Von Tuhr, op. cit., p. 160, note 6.

² Von Tuhr, op. cit., T. I, p. 37-38 : « En plus du contrat qui est la source principale des obligations, on trouve des créances qui tirent leur origine d'une déclaration unilatérale de volonté ou d'un acte juridique unilatéral : les promesses publiques, la gestion d'affaires sans mandat, les titres aux porteurs, la créance provenant d'un legs. »

³ Art. 1-40 du CO.

⁴ Art. 41-61 du CO.

⁵ Art. 62-67 du CO. Voir Guhl, op. cit., p. 74.

exclue, comme source éventuellement possible d'obligations, dans des cas particulièrement limités. C'est également ainsi que l'entend le BGB avec la différence que ce dernier prévoit expressément cette possibilité¹. Or, dans les deux législations, il faut une disposition légale pour que la promesse unilatérale puisse, dans un cas concret, donner naissance à une obligation civile. Pour la promesse publique, ce qui ressort dans le BGB, du paragraphe 657, manque dans l'article 8 du CO². Mais, de toute façon, le fait de considérer la promesse unilatérale comme une source possible d'obligations ne contredit pas le système juridique suisse dans son ensemble. Bien plus, nous croyons que si l'on admet, dans une plus large mesure, la promesse unilatérale comme génératrice d'obligations civiles, cela ne fera que combler une lacune qui se fait sentir de plus en plus devant les rapports sociaux allant sans cesse croissants.

C'est pourquoi la solution allemande a rallié un bon nombre de juristes suisses. Mais, malheureusement, il faut dire qu'ils sont tous gênés par le gros obstacle que constitue la place de l'article 8³. Nous avons déjà cité Von Tuhr. Nous devons suivre ensuite l'exposé de Becker et l'article fort intéressant de Raschle. Concernant le problème en question, Becker a fait très justement remarquer qu'au fond, peut-être, l'idée contractuelle est soutenue par l'appréhension de devoir élaborer, dans le cas contraire, une théorie générale sur l'acte unilatéral comme source normale d'obligations.

¹ Le paragraphe 305 BGB repousse le principe en général, mais il réserve les cas expressément prévus par la loi.

² Gaudemet, *op. cit.*, p. 33, considère quand même le cas de cet article suisse comme une application de l'engagement par déclaration de volonté unilatérale de la même façon dont il est envisagé dans le BGB.

³ Toutefois, cet argument matériel présuppose, selon Becker, que le CO se tient formellement à la division contenue dans les entêtes, ce qui n'est pas le cas. *Obligationenrecht*, Berne, 1941, p. 45, No 3. A ce propos, M. Raschle ajoute encore que la place d'un article ne peut pas changer la nature d'une institution juridique. L'emplacement de l'article 8 peut être expliqué par le fait qu'antérieurement la promesse a été « forcément » considérée par analogie à l'offre aboutissant au contrat. *Revue Suisse de Jurisprudence*, 8^{me} année, p. 250.

En définitive, le problème dépend de la pratique des tribunaux. C'est à eux qu'incombe la tâche de dégager l'interprétation qui correspond le mieux aux besoins de la vie courante et qui est, en même temps, plus compatible avec la loi. Car, ni l'emplacement de l'article 8, ni le droit de révoquer avec dédommagement ne sont de nature à nous guider. Personnellement, Becker estime que la théorie de l'acte juridique unilatéral est plus avantageuse, non seulement parce qu'elle est conforme à la loi, mais aussi parce qu'elle rend possible la solution simple et pratique des différentes controverses. Du texte de l'article 8 il doit ressortir que le promettant paie conformément à sa promesse, c'est-à-dire qu'il devrait tenir cette dernière et ceci sans acceptation, sinon la disposition serait superflue. Et comme les effets de la promesse commencent avec la publication, cette théorie seule peut expliquer pourquoi le bénéficiaire qui ignore la promesse est en droit d'exiger le paiement. Cette théorie protège enfin les prétentions des incapables, ce qui est fort raisonnable. Becker termine son exposé en exprimant spécialement son doute à l'égard de la théorie d'Oser « économie des forces » d'après laquelle, la promesse serait une offre de contrat¹.

Raschle² envisage le problème d'une façon analytique qui conduit peu à peu à l'engagement unilatéral. Le rapport juridique que constitue la promesse ne peut être ni un contrat, ni même une offre de contracter. Nous avons déjà vu qu'un contrat ne peut être formé ici. Quant à la théorie de l'offre, elle n'épuise pas le contenu de la promesse. Il est incontestable que déjà par la publication, le promettant se trouve lié. Ce lien est unilatéral. Cependant, il n'est pas une offre, mais un lien qui ressemble au contrat. Si la promesse est faite publiquement, c'est qu'on ne connaît pas une personne déterminée de qui on puisse s'assurer la prestation par contrat. Celui qui fournira le résultat sort du public ; il reste donc inconnu jusqu'à la réalisation de la promesse, c'est-à-dire juridiquement inexistant. Or, à partir de la publication et jusqu'à la réalisation, on ne connaît

¹ Becker, op. cit., p. 45, No 5.

² Revue Suisse de Jurisprudence, 8me année, 1911-1912, p. 249-253.

que le promettant comme engagé. Celui-ci ne veut pas contracter, il ne veut pas être obligé comme offrant. C'est pourquoy il demande au tiers ce qu'une partie contractante a le droit de demander à l'autre partie : un résultat, une prestation. En échange de cela, le promettant s'engage, lui aussi, à faire comme s'il était partie contractante à l'égard du tiers bénéficiaire. Cet engagement puise sa force dans un seul vouloir de se comporter comme un contractant. Cette interprétation est conforme à l'alinéa premier de l'article 8. Ce qui veut dire que le promettant est obligé, d'après les règles du droit positif, de la même façon qu'une partie contractante, liée à l'exécution de la contre-prestation. Ainsi, l'engagement du promettant ne peut être bilatéral : il est unilatéral. Le but du contrat et de la promesse, dit encore M. Raschle, sont identiques, en principe, à un résultat économique par prestations réciproques. Dans la règle, le contrat est le mode principal garantissant cette réalisation. Donc, nous avons deux choses à distinguer à l'égard de l'acte juridique : le moyen de réaliser un résultat et ce dernier lui-même. En vue d'obtenir un résultat, il y a différents moyens : contrats synallagmatiques et contrats unilatéraux. Ces deux catégories ont ceci de commun, que l'engagement est né d'un concours de volonté, donc entre deux parties contractantes. Mais il est logiquement possible que l'obligation naisse d'une promesse unilatérale et dans ce cas il peut s'agir d'un engagement à prestation unique ou bilatérale, c'est-à-dire prestation et contre-prestation. Ce sont les quatre figures juridiques, dont la dernière est la plus rare et la plus difficile du point de vue de la construction. Cette figure, que M. Raschle appelle figure de promesse de récompense, est apparentée à la promesse unilatérale à prestation unique du point de vue de l'engagement puisque, dans les deux cas, il y a seulement une personne qui s'oblige : le promettant.

Cependant, en ce qui concerne le but, la figure est apparentée au contrat synallagmatique parfait. Tout cela paraît bizarre puisque nous avons un seul obligé et deux prestations à fournir. Il est vrai que l'une de ces prestations est volontaire mais, en fin de compte, c'est une prestation comme une autre et à laquelle l'auteur peut être considéré comme obligé. Toutefois, la chose

n'est plus bizarre si l'on examine la cause qui détermine les cocontractants à s'exécuter : prestations désirées et garanties par le contrat. Cette cause est d'une portée générale, c'est-à-dire que chaque fois qu'on se trouve dans la même situation, son action sera déterminée ainsi et cela même sans obligation de sa part. Or, la promesse déclenche ce même effet, c'est-à-dire que le promettant s'engage à agir comme une partie contractante envers le tiers bénéficiaire qui se comportera, lui aussi, volontairement de même. Il est à noter que, pratiquement, le promettant est obligé seulement après que le tiers a fourni sa prestation. Sa position est plutôt celle d'une partie contractante où l'autre partie doit faire sa prestation antérieurement. Le lien obligatoire, dit M. Raschle, n'est pas basé sur un contrat impossible avec une personne incertaine qui ne peut être liée par contrat, mais sur une promesse unilatérale. Il ne se forme donc pas non plus, au moment de la présentation du résultat, comme le prétend la théorie de l'offre avec acceptation réelle ou tacite. Le promettant et son futur créancier se présentent, lors de la réalisation, comme deux parties contractantes ordinaires, normales : chacun est obligé et ayant droit. Cela veut dire que dans le cas où le tiers désire la récompense, il est obligé de faire sa prestation et de ce fait, même le promettant se trouve en droit d'obtenir le résultat voulu comme condition préalable à son acquittement. Dans sa thèse, déjà citée, M. L'Huillier considère la promesse comme un engagement unilatéral¹.

De son côté, le Tribunal fédéral a déjà eu l'occasion de s'occuper du problème. Il a seulement constaté que « le CO, contrairement au code civil allemand, semble regarder la promesse publique de récompense non pas comme un engagement unilatéral (*pollicitatio*) mais comme une offre faite en vue de la conclusion d'un contrat réel. Cela résulte du fait que cette matière a été réglementée dans la section intitulée « offre et acceptation ». Cette circonstance serait plutôt de nature à faire admettre qu'en droit suisse, la prestation doit être accomplie par une personne qui a connaissance de la promesse et qui

¹ Op. cit., p. 120.

agit dans l'intention d'obtenir la récompense. Il faut cependant remarquer que déjà sous l'empire du droit commun l'opinion contraire a trouvé des défenseurs précisément chez les adhérents de la théorie de l'offre et que leur raisonnement est parfaitement soutenable en droit.»¹

On voit bien que l'instance suprême éprouve un malaise à ranger la promesse parmi les offres. Les juges fédéraux ont conclu ainsi : « Quoi qu'il en soit, ce qui est décisif par l'application du CO, ce n'est pas la construction juridique que le législateur a pu avoir eue en vue ; c'est la disposition positive de l'article 8 à teneur de laquelle le promettant est tenu de payer le prix offert conformément à sa promesse. La solution de la question de savoir si la prestation doit être accomplie par une personne qui connaît la promesse et qui agit en considération de la récompense, dépend dès lors de l'interprétation, dans chaque cas particulier, de la déclaration de volonté du promettant.»²

Ainsi, la pratique prudente des tribunaux suisses examine chaque cas d'après ces faits concrets, sans chercher à émettre un avis de principe. Cette attitude est la plus raisonnable dans le cadre des dispositions actuelles. Un arrêt de la cour d'appel du canton de Berne vient confirmer cette conduite générale. La cour s'est prononcée dans le cas d'espèce, pour la théorie contractuelle, mais elle n'a pas oublié de dire que son jugement était basé sur les faits réels. On peut même dire qu'elle s'est intéressée plus à la dernière réalisation du concours qu'à sa base juridique. N'a-t-elle pas dit que « même si l'acte devait être considéré comme unilatéral (par sa naissance), il est quand même devenu bilatéral après que les intéressés ont rempli les conditions de la publication ».

Il est temps maintenant d'analyser les difficultés, surtout d'ordre technique, que présente la théorie de l'offre en vue de la rejeter définitivement.

1. Il a déjà été dit que cette théorie voit, dans l'exécution de la prestation, la conclusion d'un contrat. On sait que tout

¹ Journal des Tribunaux, 62, 1914, p. 183 et 184.

² Idem, p. 184.

contrat est composé d'une offre et d'une acceptation. Dans la règle, l'offre est faite à une personne déterminée. Cependant, dans certains cas exceptionnels, elle peut être adressée « *ad incertum personam* ». Mais, dans tous les cas, il faut que l'acceptant ait connaissance de l'offre pour que son acceptation soit réciproque et concordante avec la dite offre¹. Comment concilier ce concours de volonté et le cas de celui qui agirait conformément à une promesse qu'il ignore ? N'est-il pas factice de penser que cette personne avait quand même accepté ? Avec cette fiction, le tiers n'aura pas, ici, droit à la récompense alors que la tendance générale est pour effacer cette injustice et protéger ce tiers.

2. Si cette théorie était déterminante, il apparaîtrait, selon les dispositions du Code civil suisse², qu'un incapable ou un faible d'esprit ne pourrait pas prendre part à une promesse de récompense, puisque l'acceptation nécessite la capacité civile. On sait que cette dernière est également refusée aux enfants, aux malades et aux débiles mentaux. Or, la capacité n'est aucunement requise pour le bénéficiaire ce qui est parfaitement en accord avec la vie de notre époque où certains jeunes gens surtout montrent un développement mental remarquable et ont des aptitudes spéciales notamment pour les concours avec prix dans le domaine sportif et scolaire par exemple.

3. Le droit suisse tient l'offrant pour lié jusqu'à l'expiration du délai³ fixé pour l'acceptation. Or, l'article 8 constitue une

¹ C'est ce que nous dit expressément l'article 1er du CO : « le contrat est parfait lorsque les parties ont, réciproquement et d'une manière concordante, manifesté leur volonté ».

² Code civil suisse, art. 11-19.

³ Art. 3, al. 1., du CO : « Toute personne qui propose à une autre la conclusion d'un contrat en lui fixant un délai pour accepter est liée par son offre jusqu'à l'expiration de ce délai. » Or, cette fixation se fait principalement par l'offrant, mais elle peut également, et dans certains cas, résulter d'un usage spécial ou prévue par une loi aussi spéciale. Voir Guhl, op. cit., p. 82-83.

dérogação à ce principe puisqu'il permet au promettant de révoquer à tout moment avant de recevoir le résultat. Si un délai est fixé dans la promesse, cette fixation est faite, en premier lieu, à l'intention du tiers.

4. Entre le retrait de l'offre et la révocation de la promesse il y a des différences notables. D'abord, on ne peut pas renoncer au droit de retrait prévu à l'article 9 du CO, tandis que cette éventualité est permise dans une promesse de récompense. D'autre part, le promettant pourra se réserver le droit de retrait et évitera ainsi les conséquences prévues à l'alinéa 2 de l'article 8 du CO.

Ces difficultés suffisent pour le rejet de cette théorie, impuissante à expliquer les particularités de la promesse, notamment dans le cas du bénéficiaire qui l'ignore. Nous voulons écarter par là une dernière tentative de conciliation entre les deux théories. On pourrait penser, dans ce cas particulier, à une solution « hybride », c'est-à-dire qu'on parle de contrat lorsque le tiers effectue la prestation en vue de la promesse et d'un acte unilatéral dans le cas contraire. Ceci est loin de la logique et, par tant, scientifiquement inadmissible. Nous n'admettons pas que la conception juridique puisse varier selon les circonstances et nous croyons que la promesse doit, dans tous les cas, obliger son auteur, sinon le droit ne remplit pas son rôle. C'est surtout cette dernière règle qui nous a poussé vers l'engagement unilatéral lorsque le point de vue contractuel s'est révélé non seulement insuffisant mais encore embarrassant.

Nous analyserons une dernière difficulté, celle qui concerne le moment de l'acceptation selon la théorie de l'offre. Pour certains, l'accord de volonté se fait avant le commencement du travail. Cette opinion ne peut rien avoir de commun avec la promesse. Pour d'autres, cet accord se fait après que le tiers a commencé l'activité en vue de la récompense. Mais ce début de travail est un acte préparatoire qui importe peu et que l'auteur n'arrivera peut-être pas à terminer. Enfin, d'aucuns

font coïncider le moment de l'efficacité avec l'achèvement de la prestation. Une autre opinion exige une acceptation formelle après l'achèvement. Il n'est pas besoin de dire qu'une telle acceptation n'est aucunement nécessaire. D'autres encore exigent une communication du résultat¹. C'est juste, cette communication réalise la promesse, mais en dehors de toute acceptation. Nous profitons de l'occasion pour rappeler que la dite communication s'effectue dans chaque cas d'espèce selon les exigences du promettant et les conditions de la promesse.

Cette extrême diversité de propositions contribue à l'abandon de la théorie de l'offre. On voit même que ces multiples divergences de vues, au sujet de la naissance du contrat, ne font que créer une profonde insécurité juridique. En effet, il serait aisé à un promettant de soulever la non formation du contrat pour que le juge se voie dans l'obligation de fouiller la doctrine en vue de prouver, fictivement à notre avis, l'existence du contrat. De tout ce qui précède, il résulte que la théorie de l'offre ne facilite pas la tâche du juge et se heurte à de nombreuses difficultés qui auraient pu être résolues aisément si l'on avait suivi la solution du BGB. Si la place de l'article 8 ne permet pas cette solution, son esprit, par contre, y invite. Avec une large interprétation, ce texte doit être assimilé à celui du BGB comme deux dispositions conçues dans le même dessein, mais rédigées sous deux formes différentes.

¹ Voir sur tous ces points, Costiner, op. cit., p. 93 et ss.

Section II

De l'engagement unilatéral

Sous le nom d'engagement unilatéral¹, on entend l'acte juridique² volontaire qui crée³ une obligation civile à la charge de celui qui veut se lier, s'obliger et cela en vertu de sa seule déclaration de volonté⁴.

¹ A ne pas confondre avec le contrat unilatéral dans lequel une personne seule doit exécuter une prestation, parce que l'autre partie avait déjà fait la sienne ou parce que le débiteur a l'intention de faire une libéralité et n'exige pas de contre-prestation en échange, mais la base de ces obligations reste toujours l'accord d'une double volonté.

² On a pourtant voulu faire une distinction entre l'acte juridique et la manifestation de volonté, mais, à notre sens, cette distinction est peu heureuse. Il semble que le BCG abonde dans le sens de la non distinction, voir art. 119, 125, 129 et 142 ; aussi Colin et Capitant, T. I, p. 61 ; Bufnoir, Bulletin, op. cit., p. 153 ; Travaux de la commission de réforme du Code civil français, année 1946-1947, p. 237 et ss., 1947-1948, p. 14.

³ Ce qui élimine d'autres actes, également juridiques et unilatéraux, mais qui n'ont pas pour but d'obliger celui dont ils émanent. « On relève au nombre des actes unilatéraux une liste d'opérations dont l'importance pratique n'est certes pas négligeable. En tout premier lieu, le testament, la reconnaissance d'enfant naturel, la résiliation des contrats à durée indéterminée, les acceptations et renoncations de succession. » (Demogue, op. cit., T. I, No 16) ; aussi Capitant, Introduction, No 241 ; Planiol et Ripert, Traité, T. IV, p. 9 et 10 ; Guhl, op. cit., p. 76 et 77 ; Von Tuhz, op. cit., p. 19 et 20. Pour plus de détails, voir notamment Durma, op. cit., p. 9-16.

⁴ Voir une définition semblable dans Matesco, op. cit., p. 15 ; Talendier, op. cit., p. 34. A propos de l'acte juridique en général il y a lieu de citer Del Vecchio, Leçons de philosophie du droit, traduction de J.A.B., Paris, 1936, p. 272, qui remarque que l'expression « acte juridique » s'emploie parfois même dans le Code civil italien dans des sens divers : comme synonyme d'affaire juridique qui est un concept notablement plus restreint. D'après une théorie, des actes juridiques licites ne consistent pas nécessairement en une manifestation de volonté. On aurait des actions humaines licites, produisant des effets juridiques sans que la volonté de l'agent se fut orientée vers la production de ces effets.

Dans ces actes, c'est l'élément matériel qui prévaut : occupation, spécification. Seul l'acte licite juridique qui consiste en une manifestation de volonté constitue l'affaire juridique et l'auteur rejette cette distinction comme inacceptable, voir p. 271-273.

Ici, on se trouve en face de deux conceptions opposées, bien qu'on ait tenté souvent de les rapprocher. L'une est française, ou plutôt romaine, et l'autre de provenance allemande. Nous nous proposons dans ce paragraphe, d'abord de les indiquer et ensuite, de les apprécier généralement.

La conception française

Elle exige, on le sait par tradition¹, que toute obligation se base sur un « *mutuum consensus* », donc une volonté individuelle et unique ne saurait la créer ; c'est l'héritage intact du droit romain et du vieux droit français². En droit romain, nous le savons déjà, les théories modernes selon lesquelles une offre peut entraîner des conséquences juridiques en dehors de toute acceptation n'étaient pas admises. Et si ce droit a enfin validé la stipulation pour autrui après une longue hésitation, sa base était toujours le contrat entre « *primus et secundus* » dont profitait le tiers³. Nous avons déjà vu aussi que la pollicitation n'était en elle-même la source d'aucune obligation de droit privé. L'ancien droit français n'a fait que conserver cette règle. Cependant, selon Lambert, la volonté unilatérale trouvait déjà place dans le vieux droit français. « La doctrine et la jurisprudence abondent dans le sens que l'obligation provenant d'un acte juridique ne saurait avoir pour fondement qu'un contrat et il faut bien reconnaître que, d'autre part, l'opinion contraire

¹ A lire les art. 1101 et 1370 du C. F., on voit bien qu'ils reproduisent pour ainsi dire les mêmes définitions et classifications des sources romaines de l'obligation contre lesquelles des critiques sérieuses ont été formulées. Voir Chabas, *op. cit.*, p. 12.

² Voir Josserand, *op. cit.*, T. II, p. 4, No 9 ; aussi Lapointe et Monier, *op. cit.*, p. 447 et ss., spécialement p. 492-493. Aubry et Rau, *op. cit.*, éd. 1942, T. I, p. 426 ; Chabas, *op. cit.*, p. 36, No 28 ; Planiol et Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, 2me éd., T. VI, p. 4, No 8 ; « le Code civil dans l'article 1370 emploie le mot convention pour désigner tout engagement volontaire ».

³ Voir sur ce sujet Hubrecht, *op. cit.*, T. II, p. 26-28, et Worms, *op. cit.*, p. 32.

romprait avec une tradition qui, jusqu'à ces derniers temps, a toujours été considérée comme inébranlable. Car, a priori du moins, il semble qu'il est inique, peu rationnel et dans tous les cas absolument inutile de considérer quelqu'un comme lié par une offre que personne n'a acceptée.»¹

La conception allemande

Elle s'oppose à la précédente et admet qu'une personne puisse s'obliger elle-même par la vertu de sa seule déclaration de volonté. Siegel, le promoteur de cette opinion, enseigne qu'on peut parfaitement reconnaître un effet juridique dû à une volonté unique d'où il ressort que celui qui contracte une obligation la prend à sa charge par la seule manifestation de sa volonté. C'est ainsi que, d'après lui, le vœu du droit romain s'est transformé pour devenir la base de l'actuelle fondation de droit allemand. Il est à remarquer encore que si les théories

¹ Baudry L. et Barde, *op. cit.*, T. I, 3me éd., p. 36 et ss., No 28. Cependant, il est à remarquer que ces auteurs ne sont pas les farouches adversaires de la théorie nouvelle de l'engagement par volonté unilatérale. Ils ne condamnent pas son fond rationnel, mais demandent seulement que soit « subordonnée l'existence juridique de cet engagement à des solennités protectrices ». Cette conception française a gagné la quasi unanimité des auteurs non seulement classiques, mais également contemporains. Il semble que l'engagement unilatéral blesse leurs esprits. Outre les premiers commentateurs du Code civil français, des auteurs récents soutiennent encore l'admissibilité de l'obligation par volonté unilatérale, voir par exemple : Lacour et Bouteron, *Précis de droit commercial*, T. I, 3me éd., p. 564, No 743, 1121 et 1071, T. II, p. 1288 ; Bufnoir, *Propriété et contrat*, *op. cit.*, p. 499-480 ; Boistel, *Cours de philosophie de droit*, Paris, 1899, T. I, p. 423, No 259, où on lit à la page 424 : « Sans prendre la peine de discuter l'utilité pratique de cette création juridique, nous ferons remarquer qu'un droit n'existe que d'autant que son respect s'impose aux autres hommes et que ce respect ne peut être réclaté qu'au nom de l'inviolabilité de la promesse humaine. » Donc, pas de sujet actif, pas de droit. On ne conçoit pas plus une obligation sans créancier qu'on ne conçoit une propriété sans propriétaire. » Voir encore E. Thaller, *Traité élémentaire de droit commercial*, 8me éd., Paris, 1931, T. II, p. 576. « Nous tenons pour vaine la reconnaissance d'une seconde source d'engagement faisant contraste avec la convention classique et ses quatre conditions traditionnelles », No 890.

allemandes reposent sur un point de vue objectif, celles des Français sont individualistes¹, donc subjectives. On sait que les Allemands apprécient la volonté apparente² dans le domaine même du contrat et considèrent l'obligation comme une valeur. Cela les ramène à considérer la volonté unilatérale comme créatrice d'obligations même lorsqu'il n'y a pas de créancier pour accepter.

Les Français, par contre, apprécient la volonté réelle parce qu'ils voient dans l'obligation un pur lien personnel, ce qui les amène à nier le pouvoir créateur de la volonté isolée. Un exemple confirme cette remarque : les promesses abstraites que reconnaît le droit allemand sont ignorées par les Français.³

¹ Voir l'art. 1156 du CF qui prévoit que dans les conventions on doit rechercher l'intention commune des partis plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes. C'est là, nous dit Duguit, dans les transformations générales du droit privé, Paris, 1920, p. 84, c'est là un principe capital dans le système individualiste des Codes français. Si l'on admet que chaque individu a une certaine sphère juridique qui a pour fondement son pouvoir de vouloir et que le régime juridique d'une société est constitué par la combinaison des sphères juridiques des individus qui la compose, il en résulte logiquement que la volonté individuelle est toute puissante et que le droit positif doit protéger en soi la volonté de chaque individu, voir la critique de ce système, p. 82-93.

² Voir Chabas, *op. cit.*, p. 7, où il écrit que le droit allemand donne une valeur réelle à la volonté déclarée alors même qu'elle ne correspond pas à la volonté interne. A cela s'oppose la théorie française de la volonté interne et vraie qu'on doit chercher derrière la volonté déclarée. Voir aussi Planiol, *Traité élémentaire*, 3^{me} éd., p. 66, No 178 et 185, T. II, qui voit là le dessein de donner à l'obligation un caractère aussi objectif que possible et que ce culte de la volonté déclarée s'oppose à la tradition française. La question est résolue en Suisse en faveur de la volonté déclarée ou théorie de la confiance, voir Guhl, *op. cit.*, p. 8 ; voir cependant les art. 16 du CO et 133 du BGB ; aussi la traduction officielle du BCG, T. I, p. 117, art. 116 et ss. Voir sur ce conflit des deux systèmes, notamment Demogue, *op. cit.*, T. I, p. 88 et ss. ; aussi Planiol et Ripert, *op. cit.*, p. 109 et ss., T. VI.

³ Planiol et Ripert, *op. cit.*, p. 341 ; Baudry-L. et Barde, p. 368, au sens contraire, Colin et Capitant, T. I, No 318, p. 377, et sur l'obligation abstraite en droit allemand, voir Capitant, de la cause des obligations, Paris, 1924, p. 384, No 173 ; Colin et Capitant, *op. cit.*, p. 373, No 167.

Mais la conception allemande a trouvé plusieurs partisans¹ parmi les juristes français : Saleilles, Guihaire et Worms furent les premiers à la soutenir ardemment. Pour ce dernier surtout, l'évolution historique de la volonté prouve qu'elle s'est progressivement débarrassée du formalisme. Aussi, il est temps qu'elle s'en affranchisse définitivement. Le concours de volonté n'est plus nécessaire pour s'obliger si nous parvenons à bannir le passé, car la volonté unique peut parfaitement créer, à elle seule, l'obligation. Pour prouver ses dires, Worms expose le cas où l'offrant retire son offre sans que ce retrait parvienne à l'autre partie en temps voulu, cas dans lequel le contrat se forme quand même, sans qu'il y ait accord de volonté. Cela ne peut être justifié sans reconnaître le caractère obligatoire de l'offre ; et si l'on admet que la volonté est source d'obligation, pourquoi ne pas l'admettre en ce qui concerne le contrat lui-même ? On ne comprend pas pourquoi on lui accorde cette faculté seulement quand elle est unie à une autre volonté. Or, même dans le contrat, l'obligation repose sur la seule volonté de l'obligé².

Contre cette théorie allemande, Esmain avance ceci : si l'on admet que le débiteur puisse s'engager tout seul on ne comprend

¹ La question de savoir si l'engagement unilatéral est possible en droit français date de l'étude approfondie du BGB ; voir aussi Gény, *Méthode d'interprétation et source en droit privé positif*, 2me éd., 1919, T. II, p. 160-166. Cet auteur évoque la question comme suit : « Tout ce qu'on peut affirmer ici de général, c'est que rien à priori dans notre ordre juridique positif ne fait obstacle à la reconnaissance de l'engagement par promesse unilatérale, que même cette reconnaissance se présente comme une conséquence fort naturelle en soi de l'autonomie de la volonté, telle que la recommande l'organisation sociale moderne », p. 163 ; voir aussi Demogue, T. I, p. 55, No 18, qui invoque le caractère social du droit pour justifier cette théorie ; aussi Gaudemet, *op. cit.*, p. 31 et ss. Capitant, *De la cause*, *op. cit.*, p. 79 et 80, No 33 ; Duguit, *op. cit.*, p. 115 ; Josserand, *op. cit.*, p. 98, No 129, T. II.

² Worms, *op. cit.*, p. 55 et ss.

pas comment le créancier le devient sans son assentiment¹. Et si l'on dit que le débiteur s'oblige en l'absence du créancier, cette obligation n'a pas de valeur. Et quand l'accord de ce dernier est requis, le concours de volonté se trouve réalisé. Avec Planiol, Ripert et Esmain refusent à la volonté unilatérale de créer l'obligation, ce que la loi elle-même ne permet pas même pour la donation². Quant au legs, il ne crée aucune obligation, mais le transfert de la propriété. Un autre grief : si la volonté unilatérale peut créer l'obligation, elle doit « *mutatis mutandis* » pouvoir la supprimer³. Or, il est insensé de lui reconnaître un tel pouvoir. Enfin, on a reproché à cette théorie d'être fondée sur des hypothèses erronées, ce que les partisans de la théorie de la volonté unilatérale attribuent au concours de volonté. Ce dernier suppose, en effet, que l'une des parties a longtemps réfléchi avant de faire à son partenaire une offre que celui-ci n'a qu'à prendre ou à laisser. La pratique ne se présente pas ainsi, disent les adversaires de la théorie nouvelle. Les parties négocient assez longtemps afin que les deux volontés s'influencent en vue du contrat. L'autre partie n'est pas là seulement pour accepter ou rejeter ce qu'on lui offre, mais bien souvent l'offre est modifiée, combattue par le destinataire jusqu'à ce qu'une volonté commune, qui est le contrat, se dégage. On voit donc que les deux volontés concourent à la naissance de l'obligation

¹ Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, T. II, No 832, p. 294, 11^{me} éd. Il est à remarquer ici que l'auteur ne fait pas la distinction entre naissance et acquisition d'un droit, mais il admet cependant que l'acceptation ou la répudiation d'une succession oblige l'héritier par sa seule volonté, T. I, 12^{me} éd., No 270, p. 112, note 2.

² *Traité pratique*, op. cit., T. VI, p. 225 ; voir aussi De Page, op. cit., T. III, p. 59, No 50 ; aussi article 932 du Code civil français.

³ Voir Thaller, de la nature juridique du titre du crédit, *Annales du droit commercial*, Paris, 1906, p. 41 et ss. ; aussi Elias, op. cit., p. 61. D'autres objections ont été formulées par Kritz, voir Guihaire, op. cit., p. 37, et reprises par Planiol, *Traité élémentaire*, op. cit., T. II, p. 412, No 1197. A propos de la promesse de récompense qui n'a de valeur que si une personne l'a acceptée, c'est-à-dire a rempli les conditions voulues par le promettant, ce qui prouve que la question de l'engagement unilatéral ne se pose qu'après la détermination du bénéficiaire.

et non pas une seule volonté comme le veulent les partisans de la théorie allemande. Ce grief même constitue le premier argument en faveur de cette dernière : l'exigence d'un accord de volonté¹ est loin de la réalité de même que la volonté réelle est difficile à déceler dans l'esprit de son auteur. On ne sera certain de cette existence que dans des manifestations simultanées. Or, celles-ci ne se produisent pas dans le contrat par correspondance ni dans le cas où les parties sont présentes. En effet, l'une d'elles doit précéder l'autre. Or, pour s'assurer de leur rencontre, il faut supposer que l'offrant continue à vouloir le « statu quo » jusqu'à la venue de l'acceptation. Cela constitue une pure hypothèse indéfendable au même titre que la soi-disante volonté réelle dans l'interprétation des contrats. Evitons donc toutes ces hypothèses et mettons-nous en face de la vérité qui veut que tout obligé s'engage par l'effet de sa seule volonté et non par le fait de concours de volontés. Le débiteur s'engage ainsi au profit d'un créancier éventuel et l'acceptation de ce dernier n'est qu'une adhésion pour obtenir un droit. D'ailleurs, pourquoi empêcher l'homme de pouvoir s'obliger tout seul²,

¹ Au sujet de ce concours de deux volontés, voir Tarde, *Les transformations du droit*, 2^{me} éd., Paris, 1894, qui s'y attaque en ces termes : « La simultanéité des deux volontés, condition nécessaire de leur rencontre, n'existe donc pas ou n'existe que par une fiction de juriste subtil, dans le cas du contrat par correspondance. En fait, elle n'existe presque jamais, elle devient de plus en plus fictive et irréalisable avec la facilité croissante de contracter à de plus grandes distances. On ne saurait dire combien ce vieux préjugé du contrat, considéré comme la vraie source des obligations, a entravé la marche du droit, p. 120. La vérité est que toute obligation contractuelle ou non découle avant tout d'une haute et profonde volonté unilatérale. On pourrait remarquer aussi qu'au début des sociétés, les engagements unilatéraux précèdent en général les engagements réciproques. Note 1, p. 120. C'est la volonté unilatérale de prendre qui, à l'origine, a fondé le droit de propriété. S'il en est ainsi, pourquoi la volonté unilatérale de faire et de donner n'aurait-elle pas la vertu d'engendrer l'obligation, le devoir ? » Note 2, p. 120-121.

² Comme le dit nettement Koppen, « celui qui promet doit se tenir à sa promesse, s'il ne le veut pas, il ne promet rien ». Voir Demogue, T. I, op. cit., p. 55 ; voir aussi De Page, T. III, p. 60, qui souligne qu'en raison il n'y a pas d'obstacle à admettre l'engagement unilatéral. Sans doute

n'est-ce pas un attentat à l'une de ses libertés essentielles ? S'il est injuste de devenir créancier contre son gré, quelle iniquité y a-t-il à devenir débiteur selon son gré ? L'assentiment du créancier est nécessaire seulement pour qu'un droit ne puisse pas lui être imposé. Comment imaginer un débiteur tenu par l'effet d'une volonté étrangère, s'il ne pouvait s'obliger par sa propre volonté, ce qui fait que la force obligatoire du contrat est précédée par celle de la volonté unilatérale. Enfin, l'exigence du concours de volontés, pour créer l'obligation, empêche de sanctionner certaines transactions nouvelles telle que la promesse de récompense¹.

S'il nous est permis d'émettre une appréciation générale à ce sujet, nous remarquerons que cette théorie ne prétend pas à remplacer le contrat mais à modifier sensiblement les principes établis dans ce domaine². Quant aux objections de ses adversaires, elles ne sont pas assez décisives pour ébranler ses fondements. On a dit qu'une dette ne saurait exister sans créancier.

le créancier bénéficiaire de l'engagement ne s'en prévaudra que s'il le veut. Il y a par ailleurs une possibilité de devenir débiteur sans le vouloir mais, dans le cas qui nous occupe, c'est au contraire le débiteur qui veut et même qui veut seul. Le créancier ne se prévaudra que s'il le veut, or, pas d'obstacle de principe ; voir aussi Josserand, *op. cit.*, T. I, No 129.

¹ Comme l'a souligné très justement Tarde, *op. cit.*, p. 116, où est la raison de penser, parce que deux ou plusieurs volontés ont été un instant d'accord, qu'elles devront l'être nécessairement toujours et que la force publique devra sanctionner et garantir cet accord ? Auparavant, en effet, comme on n'avait à faire, en général, qu'à des personnes considérées une à une, le contrat classique pouvait passer pour la plus importante, sinon l'unique source des obligations, mais à présent, si la coutume commerciale et sociale devait sanctionner les engagements pris envers le public qu'à partir du moment seulement où telle personne les a acceptées, la plupart des affaires, la totalité des grandes affaires serait impossible. Dans des cas qui vont se multipliant, on est obligé, si romaniste acharné qu'on soit, d'accorder force juridique à des promesses non encore acceptées.

² Loin de là, les adeptes modérés de l'engagement unilatéral le pressentent comme une nécessité qu'exige la psychologie publique, voir Demogue, *op. cit.*, T. I, p. 57, comparer aussi Saleilles, *Déclaration*, nouveau tirage, 1929, p. 179 et aussi p. 347.

Or, d'après les partisans de la théorie de l'obligation objective, cela est concevable. Quant à l'objection que la volonté créatrice doit être également extinctive, ceci est en partie vrai. Cependant, il faut se garder de confondre deux effets différents de la volonté : l'un est psychologique, donc interne, et l'autre, tout externe, agit sur les relations sociales. Or, tout changement de volonté n'affecte que le premier domaine. Quant au domaine social qui seul compte aux yeux de la loi, la volonté rendue publique, crée un crédit légitime auquel les tiers pourront se fier. Il faut donc respecter ce crédit et ne pas le retirer illicitement. Il s'ensuit que si la volonté crée, à elle seule, l'obligation, elle ne pourrait y mettre fin. Répétons, encore une fois, que les Allemands restent en tous points logiques et c'est à bon droit qu'ils s'arrêtent à la volonté apparente parce qu'elle suffit à fonder la sécurité des transactions¹. C'est pour protéger cette sécurité qu'ils interdisent le retrait de la volonté apparente. En ce qui concerne l'affirmation que le contrat est le fruit de négociations entre parties, ceci est également vrai pour le domaine interne. Quant au domaine externe, on peut distinguer le stade de la fin des pourparlers où l'offre devient définitive. L'offre, avant d'être ainsi, a été souvent influencée, principalement par la volonté de l'autre partie. Mais il est certain que même définitive, cette offre reste attachée à son auteur. Donc, il n'est pas exagéré de dire que le contrat se solde en une volonté proposée comme offre définitive qui ne peut qu'être acceptée. Il est même fréquent que l'une des parties présente une

¹ C'est pour cela que nous considérons inutile et sans importance les efforts déployés par Chabas, *op. cit.*, p. 227 et ss., dans la conclusion de sa thèse. En vue de défendre ce qu'il appelle les traditions juridiques françaises et l'autonomie de la volonté, en vertu desquelles l'obligation ne peut être créée que par le concours de deux volontés concordantes et que de la simple déclaration ne naît pas d'action. Il critique la théorie allemande qui sacrifie, selon lui, la volonté à des considérations économiques, au crédit, à la facilité des transactions d'affaires. Nous tenons ces considérations pour des avantages en faveur de la théorie, parce que nous nions justement l'immutabilité des notions juridiques.

offre définitive sans négociations (par exemple, contrat d'adhésion)¹.

Concluons : malgré toutes ces divergences de pensée, la différence entre ces deux théories au point de vue pratique, n'est pas très sensible². La logique de la théorie allemande nous ramène en fait à un résultat proche de celui de la théorie française. En effet, nous ne voyons pas la raison pour laquelle la théorie allemande moderne ne pourrait se justifier tant dogmatiquement que pratiquement. La loi, après avoir évolué, accorde présentement une faculté puissante à la volonté de l'homme : celle de produire des efforts juridiques. Pourquoi alors limiter cette faculté en lui interdisant de créer l'obligation ? Il faut donc admettre que le débiteur peut s'obliger par sa seule volonté, mais il peut également, en vertu de l'« autonomie de la volonté », se départir de cette obligation tant que sa promesse n'a pas créé la confiance et le crédit public. Jusque-là, la différence n'est pas grande entre une obligation inexistante et celle qui existe, mais qui peut être dissoute avant la création du crédit public. Cependant, la différence grandit dans le cas où la volonté crée ce crédit. Ici, les partisans de la théorie de la volonté unilatérale la qualifient d'irrévocable, tandis que ses adversaires lui refusent tout pouvoir créateur. Ici aussi, la différence est plus théorique que pratique : en effet, la volonté n'est irrévocable que quand elle crée chez autrui une confiance légitime selon laquelle son auteur agira. Lorsque cela se réalise, le débiteur ne peut se délier, enseignent les partisans de la volonté. Mais leurs adversaires peuvent également aboutir à cette conséquence par une autre voie, celle d'un accord de deux volontés : la

¹ Dans sa thèse intitulée « Volonté et cause », Dijon, 1918, Louis-Luca émet une opinion excessive à propos du contrat d'adhésion, selon laquelle la volonté créancière influence la cause et domine la volonté débitrice, c'est-à-dire que la volonté unique cherche non seulement à s'engager, mais également à se constituer en quelque sorte dans une certaine mesure, en créancier, p. 252 et ss.

² C'est ainsi que l'intérêt de la question de savoir si la volonté unilatérale doit être admise est devenue purement doctrinale, voir De Page, op. cit., T. III, p. 61.

volonté du débiteur et la volonté sous-entendue du créancier. Cette dernière peut se déduire de sa confiance en la volonté du débiteur. Pratiquement, les effets seront les mêmes. Toutefois, il ne faut pas oublier la différence de doctrine fondamentale qui existe à propos de la naissance de l'obligation, les partisans de l'engagement unilatéral et ceux du concours des volontés. Enfin, l'adoption absolue de l'une ou de l'autre de ces deux théories aboutit ou bien à la suppression de la volonté souveraine parmi les sources de l'obligation ou bien à celle du contrat. C'est pourquoi les législations modernes ont combiné ces deux théories conformément aux exigences de la vie pratique. Le contrat reste, en règle générale, l'acte principal, mais la volonté unilatérale a également pris la place qu'elle mérite.¹

¹ On sait que le BGB n'a pas consacré cette théorie d'une façon absolue, mais il fait produire un effet obligatoire aux déclarations unilatérales dans certains cas déterminés, voir art. 305 du BGB ; aussi Saleilles, *Obligation*, 1929, p. 144, No 143 ; Demogue, T. I, p. 57, note 3 ; voir également Code brésilien où l'on trouve un titre consacré aux obligations par déclaration de volonté unilatérale ; également Code italien, qui consacre un titre à la promesse unilatérale, art. 1987. Projet franco-italien, art. 60, qui reconnaît la volonté unilatérale comme source d'obligations à deux conditions : la forme écrite et une durée déterminée quitte à lui appliquer toutes les règles des contrats sauf celle relative à un accord de volonté ; voir art. 859 du Code autrichien, 361 du Code hellénique, et art. 1 du Code polonais et 184 du Code irakien.

BIBLIOGRAPHIE

- AUBRY et RAU. — *Cours de droit civil français*, 6me éd.
- ARMINJON, NOLDE et WOLF. — *Traité de droit comparé*, Paris, 1950.
- BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE. — *Traité théorique et pratique de droit civil*, 3me éd.
- BECKER. — *Obligationenrecht*, Berne, 1941.
- BEUDANT. — *Cours de droit civil français*, 2me éd., Paris, 1936.
- BUFNOIR. — *Propriété et contrat*, Paris, 1934.
- CHABAS. — *De la déclaration de volonté en droit civil français*, thèse, Paris, 1931.
- COLIN et CAPITANT. — *Cours élémentaire de droit civil français*, 8me éd.
- CAPITANT. — *Introduction à l'étude du droit civil*, 2me éd.
- COSTINER. — *La promesse publique de récompense*, thèse, Paris, 1924.
- CURTI-FORRER. — *Commentaire du Code civil suisse*, trad. Porret, Neuchâtel, 1912.
- CUQ. — *Manuel des institutions juridiques des Romains*, Paris, 1928.
- DEMOGUE. — *Traité des obligations*, Paris, 1923. *Les notions fondamentales du droit privé*, Paris, 1911.
- DEMOLOMBE. — *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, T. I, Paris, 1868.
- DE LA MOUTTE. — *L'acte juridique unilatéral*, thèse, Toulouse, 1951.
- DURMA. — *La notification de la volonté*, thèse, Paris, 1931.
- DE PAGE. — *Traité élémentaire du droit civil belge*, Bruxelles, 1934.
- ELIAS. — *Théorie de la force obligatoire de la volonté unilatérale*, thèse, Paris, 1909.
- FICK. — *Commentaire du Code fédéral des obligations*, Neuchâtel, 1915.

- FUNK. — *Commentaire du Code fédéral des obligations*, trad. Porret et Perregaux, Neuchâtel, 1930.
- GIFFARD. — *Précis de droit romain*, Paris, 1933.
- GAUDEMET. — *Théorie générale des obligations*, Paris, 1937.
- GIRARD. — *Textes de droit romain*, 6me éd., Paris, 1937. *Manuel de droit romain*, 7me éd., Paris, 1936.
- GOLDBERG Anna. — *Essai d'une théorie générale de l'engagement juridique par volonté unilatérale d'après le Code civil allemand*, thèse, Nancy, 1913.
- GUIHAIRE. — *De la force obligatoire de la déclaration de volonté*, thèse, Rennes, 1900.
- GUHL. — *Le droit fédéral des obligations*, trad. René des Gouttes, Zurich, 1947.
- HUBRECHT. — *Manuel de droit romain*, T. II, Paris, 1943.
- JHERING. — *L'évolution du droit*, trad. Meulenaere, Paris, 1901.
- JOSSERAND. — *Cours de droit civil positif français*, 3me éd., Paris, 1939.
- L'HUILLIER. — *La notion du droit formateur en droit privé suisse*, thèse, Genève, 1947.
- LEPOINTE et MONIER. — *Les obligations en droit romain et dans l'ancien droit français*, Paris, 1954.
- LAURENT. — *Principe de droit civil français*, 2me éd., T. 15.
- MATESCO. — *L'obligation unilatérale et le Code civil*, thèse, Paris, 1919.
- MAY. — *Eléments de droit romain*, Paris, 1913.
- OSER et SCHONENBERGER. — Dans *Obligationenrecht*, vol. I, Zurich, 1929.
- ORTOLAN. — *L'histoire de la législation romaine*, 12me éd.
- PLANIOL et RIPERT. — *Traité pratique du droit civil français*, T. VI, par Esmain, Paris, 1952.
- PLANIOL. — *Traité élémentaire du droit civil*, 12me éd., par Ripert.
- RASCHLE. — *Zur Struktur der Auslobung*, art. 8 CO. *Revue suisse de Jurisprudence*, 8me année, p. 249 et ss.
- RIPERT. — *La règle morale*, Paris, 1933.
- ROSSEL. — *Manuel du droit fédéral des obligations*, Lausanne, 1920.
- ROSSEL et MENTHA. — *Le code civil suisse*, 2me éd.
- SAEILLES. — *Etude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet du Code civil pour l'empire allemand*, Paris, 1890.
De la déclaration de volonté, Paris, 1901.
Bulletin de la société de législation comparée, T. 13, Paris, 1889.

- SAVIGNY. — *Traité de droit romain*, trad. Guenoud, T. III.
- SAVATIER. — *Cours de droit civil*, Paris, 1934.
- TALANDIER. — *De l'engagement par volonté unilatérale*, thèse, Toulouse, 1912.
- TUOR. — *Le Code civil suisse*, trad. Deschenaux, Zurich, 1950.
- VILLERS. — *Remarques sur la promesse de récompense en droit romain*, Paris, 1941.
Essai sur la pollicitation à une « res publica » (Revue historique de droit français et étranger), 1939.
- VAN WETTER. — *Les obligations en droit romain*, T. I, Gand, 1883.
- VON TUHR. — *Partie générale du Code des obligations*, trad. Torrenté et Thilo, Lausanne, 1929.
- WORMS. — *De la volonté unilatérale considérée comme source d'obligations*, thèse, Paris, 1891.

TABLE DES MATIÈRES

Avant-propos	3
------------------------	---

INTRODUCTION

1. Définition	9
2. Aperçu historique et du droit comparé :	10
A. La promesse publique de récompense en droit romain .	11
B. La promesse publique de récompense en droit français .	21
C. La promesse publique de récompense en droit allemand .	35

CHAPITRE I

Les conditions de la promesse publique de récompense

Section I

La promesse

Définition	45
Vices du consentement.	46
Intérêt de l'auteur de la promesse	51
Capacité du promettant	57
Limites de la promesse publique de récompense et de la donation	59

Section II

La publicité de la promesse publique de récompense	60
--	----

Section III

La prestation	64
-------------------------	----

Section IV

La récompense	69
Appendice : Cas particulier du concours avec prix	71

CHAPITRE II

Les effets juridiques de la promesse publique de récompense . . .	74
---	----

CHAPITRE III

La révocation de la promesse publique de récompense	81
---	----

CHAPITRE IV

La nature juridique de la promesse publique de récompense en droit suisse, suivie d'une vue d'ensemble sur la théorie de l'engagement par volonté unilatérale	93
---	----

Section I

Nature juridique de la promesse publique de récompense en droit suisse	94
--	----

Section II

De l'engagement par volonté unilatérale	198
La conception française	109
La conception allemande	110

Bibliographie	119
-------------------------	-----

